Decis. 2m

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Oberhofgerichtsräthe **Betzinger, Brauer, Dr. Roßhirt, Selb,** des Herrn Kreis- und Hofgerichts-Directors **Dr. Puchelt** und **v. Hillern,** des Herrn Oberstaatsanwalts **Haager,** der Herren Kreisgerichtsräthe **v. Blittersdorf, Dr. Dreyer** u. A.

Herausgegeben

von

L. Stempf,
Kreis- und Hofgerichts-Director in Mannheim.

Fünfunddreißigster Band.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1869.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Register

zum XXXV. Band (1869) der Annalen.

Bemerkung. Auf S. 152 folgen: S. 163—178, statt deſſen muß es heißen S. 153—168. In das Regiſter ſind die corrigirten Seitenzahlen aufgenommen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Abſicht, in wie weit kann bei Verträgen die — der Contrahenten in Betracht gezogen werden? 154.

Abtreibung, Fälle der — der Leibesfrucht. 335.

Actio pauliana gegen eine datio in solutum. 111. 148.

— gegen einen Kauf zur Sicherung einer Forderung. 145.

Aftererbpfleger, der — iſt von dem richterlichen Beamten (nicht Gerichtsnotar) zu ernennen. 176.

Aktiengeſellſchaft, die Satzung eines auf beſtimmte Zeit zwiſchen einer — und einem Beamten derſelben abgeſchloſſenen Dienſtvertrags, daß die Organe der erſteren den letzteren vor Ablauf der Vertragszeit aus beſtimmten Gründen zu entlaſſen befugt ſeien, iſt, wenn auch Art. 227 d. allgem. d. H.G.B. auf den Beamten keine Anwendung findet, zuläſſig und ſchließt eine gerichtliche Erörterung über das Daſein von Entlaſtungsgründen aus. — Als Vorſtand einer — im Sinne des Art. 227 ff. des d. H.G.B. iſt nur derjenige anzuſehen, welcher die Geſchäfte der Geſellſchaft im Ganzen verwaltet und zur rechtlichen Vertretung derſelben berufen iſt. — Die im gedachten Art. 227 vorbehaltenen Entſchädigungsanſprüche fallen weg, wenn die Entfernung aus dem Amte (Aufhebung des Dienſtvertrages) nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen oder nach beſonderen Vertragsſatzungen als zureichend begründet erſcheint. 59.

— über Haftbarkeit der —, welche, obgleich ſie ohne die vorgeſchriebenen geſetzlichen Erforderniſſe errichtet worden iſt, Geſchäfte gemacht hat. 303.

Alimentationspflicht, demjenigen, welcher auf Anerkennung der Vaterſchaft eines unehelichen Kindes und aus dieſem Grunde zugleich auf Alimentation desſelben belangt wurde, kann auf Verlangen von dem Gerichte vergönnt werden, der — auf dem dort bezeichneten Wege der Aufnahme und Selbſtverpflegung des Kindes Genüge zu leiſten, ſelbſt wenn die in dieſer Hinſicht für andere alimentationspflichtige Perſonen, außer Vater und Mutter in L.R.S. 210 geforderte Vorausſetzung nicht eintritt. 325.

Amtsmißbrauch. 216.

Amtsverbrechen, das mit Mißbrauch verübte gemeine Verbrechen hat in allen und nicht blos in den mit Dienſtentlaſſung bedrohten Fällen des §. 703 des Str.G.B. den Charakter eines —s. — Bei dem — durch Verübung gemeiner Verbrechen iſt, mit Ausnahme von Ehrenkränkungen durch niedere Diener im Dienſte, nie die Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts, ſondern nur jene der Strafkammer oder des Schwurgerichts begründet. 3.

Anklageverfahren, ſ. Privatanklageverfahren.

Anſchwemmung, ſ. Grenzſteine.

Anſteckende Krankheit, ſ. Syphilis.

Anwälte, ſ. Gebührenordnung.

Anwaltsgebühren, die Gebühren für das Verfahren über Anträge auf fürſorgliche Maaßregeln bei Eheſcheidungsprozeſſen ſind nach §. 4 Ziff. 1 der Tar.O. zu berechnen. 68.

Anzeigeverbrechen, ſ. Hausdiebſtahl, Unterſchlagung.

Appellation, wenn das Rechtsmittel der — nach §. 1137 der Pr.O. für aufgegeben gilt, findet nur die außerordentliche Wiederherſtellung nach §. 215 der Pr.O. ſtatt. 285.

Appellationsſumme, ſ. Beſchwerdeſumme.

Arreſt, ſ. Sicherheitsarreſt und Vollſtreckungsarreſt.

Auftrag, ſtillſchweigende Lohnzuſage. — Die Aneignung der durch einen Dritten ohne beſonderen Auftrag errungenen Vortheile enthält eine Genehmigung der Handlungen des Dritten, welche gleich der Auftragsertheilung wirkt und den Genehmigenden auch zur Erfüllung der läſtigen Bedingungen verpflichtet. 20.

ſ. auch Kommiſſionär.

Ausländiſche Urtheile, Vollſtreckung bayeriſcher Urtheile. 45.

— Vollſtreckung franzöſiſcher Urtheile. 70.

Auslegung einer letztwilligen Verfügung. 238. 241. 275.

Digitized by Google

Auslegung, in der unrichtigen — von Urkunden kann keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens gefunden werden. 282. ſ. auch Vermächtniß und Vermögensübergabe.
Auslobung, ſ. öffentliche Ankündigung.
Ausſchluß der fahrenden Habe aus der Gütergemeinſchaft. 368.

Bedingung, die einem Vermächtniß an die überlebende Ehefrau beigefügte Bedingung, daß die Vermächtnißnehmerin im Wittwenſtande bleibe, iſt weder dem Geſetz noch den guten Sitten zuwider. 283.
Beiladung, die — findet nicht allein dann ſtatt, wenn die von dem Dritten vorzunehmende Handlung nur von ihm, ſondern auch dann, wenn dieſe Handlung von demſelben mit mehr Wirkſamkeit vorgenommen werden kann, als ſie von der betreffenden Partei ſelbſt in einer anderen Form vorgenommen werden könnte. 31.
Beiladung zur Eidesleiſtung, über das Verfahren dabei. 139.
Beſchädigter, ſ. Unterſchlagung.
Beſcheinigung, über —en im Civilprozeß. 128. 200.
Beſchlag, ſ. Ceſſion.
Beſchwerdeführung, die Beſtimmung des §. 213⁴ der Str.-Pr.O. iſt nur auf den alsbald zu führenden Nachweis der Verjährung des Verbrechens oder der bereits erfolgten rechtskräftigen Aburtheilung durch ein anderes Gericht oder anderer Strafloſigkeitsgründe ähnlicher Art, wie z. B. der Amneſtie u. dgl., keineswegs aber auf ſolche Verhältniſſe zu beziehen, die erſt durch die Hauptverhandlung näher feſtgeſtellt werden müſſen. 281.
— ſ. Gantverfahren, Einſprache gegen die Vollſtreckung.
Beſchwerdeſumme, die Verminderung des Streitwerths, welche vor Einreichung der Beſchwerdeſchrift eintritt, iſt geeignet die Unzuläſſigkeit des Rechtsmittels wegen Mangels der — herbeizuführen. 119.
Beſtandvertrag, verliert der Eigenthümer, welcher einen Theil ſeines Hauſes zum Betrieb eines beſtimmten Gewerbes vermiethet hat, das Recht, einen anderen Theil ſeines Hauſes zum Betrieb des gleichen Gewerbes zu vermiethen? 283.
Betrug, Täuſchungen des Schuldners durch dritte Betheiligte können gegenüber dem Gläubiger die Vernichtung ſeiner Forderung wegen —s nicht bewirken. 349.
ſ. auch Telegramm.
Betrug gegen Gläubiger, die Wiederbeibringung beſeitigter Vermögensbeſtandtheile hebt den Thatbeſtand des vollendeten Verbrechens nicht auf. — Das Verbrechen wird nicht ſchon durch Abſchließung eines Scheinvertrags, ſondern erſt dadurch verübt, daß von demſelben gegen Gläubiger Gebrauch gemacht wird. — Auch eine in Gütergemeinſchaft lebende Ehefrau kann durch Beſeitigung von Gemeinſchaftsgegenſtänden das Verbrechen verüben. 211.
Beutrecht. 20.
Beweis, ſ. bewidmete Ehe.
Beweislaſt, der auf Zahlung des Kaufpreiſes belangte Käufer eines Hauſes trägt in der Vernehmlaſſung, daß bedungen worden, das Haus befinde ſich in gutem baulichem Zuſtande, daß dieſes aber nicht der Fall ſei, nicht eine Einrede, ſondern einen Widerſpruch des unbeſchränkten Kaufabſchluſſes vor, welchen der Kläger zu beweiſen hat. 101.
Beweismittel, ſ. Gütergemeinſchaft.
Bewidmete Ehe, von der Beweisführung über Verwendung von Paraphernalgütern für den Ehemann. 125.
Briefe, können — von Zeugen, welche nach §. 106 der Str.P.O. das Zeugniß ablehnen können und in der Hauptverhandlung von dieſem Rechte Gebrauch machen, vorgeleſen werden? 98.
Bürgſchaft, auch dem Ueberbürgen ſteht die Einrede der Vorausklage gleich dem Bürgen zu. 44.
— der Bürge des Pächters kann nicht auf den, zwiſchen dieſem und dem Verpächter abgeſchloſſenen, Schiedsvertrag ſich berufen, um auch für ſeine Perſon die Zuſtändigkeit der ordentlichen Gerichte auszuſchließen. 157.
— hat der Bürge, welcher ſich nur für Einen oder Einzelne von mehreren Sammtſchuldnern verbürgte, nachdem er dem Gläubiger die ganze Schuld bezahlt hat, auch gegen diejenigen Mitſchuldner, für welche er nicht Bürge war ein Klagrecht auf das Ganze? 287.
— die von dem Hauptſchuldner acceptirte Wechſelurkunde genügt nicht zur Begründung der Klage gegen deſſen, nicht wechſelmäßig verpflichteten Bürgen, beziehungsweiſe Sammtſchuldner. — Die Uebernahme der Haftbarkeit für künftig erſt entſtehende Schulden eines Dritten kann weder wegen Unbeſtimmtheit des Gegenſtandes der Verbindlichkeit beanſtandet werden, noch iſt ſie den Grundſätzen über — zuwider. 349.

Caſſationsfälle, ſ. Kaſſationsfälle.
Ceſſion, ein der Signifikation einer — vorausgehender Beſchlag auf die Forderung hindert den deb. cessus an der gefahrloſen Zahlung an den Ceſſionar. Der Gläubiger, welcher vor der Signification der — einen Beſchlag auf die Forderung erwirkt, geht dem Ceſſionar für den Betrag ſeiner Forderung vor. Es iſt einerlei ob der Beſchlag ein Sicherheits- oder Vollſtreckungsbeſchlag iſt. Ein erſt nach der Signifikation erfolgter Beſchlag iſt wirkungslos. Der Verſuch einer Signifikation erſetzt die wirkliche Signifikation nicht. Die Erwerbung einer privilegirten oder hypothekariſchen Forderung etwa durch Beſchlag, braucht nicht in das Pfandbuch eingetragen zu werden. Der Eintrag der — zum Pfandbuch erſetzt die in L.R.S. 1690 vorgeſchriebene feierliche Bekanntmachung nicht. 257.
— wenn die — eines Liegenſchaftskaufſchillings nicht in das Grundbuch eingetragen wird, muß ſich der Ceſſionar den ſpäteren Verzicht des Cedenten auf das Vorzugsrecht dritten Pfandgläubigern gegenüber gelten laſſen. 286.
Chartepartie, ſ. Frachtvertrag.
Clause d'apport. 368.
Colliſion der Geſetze des In- und Auslandes, bei Theilungen. 283
— die Fähigkeit zur Uebernahme einer Verbindlichkeit und zum gerichtlichen Auftreten eines Ausländers iſt nach den Geſetzen ſeines Vaterlandes, die Rechtsbeſtändigkeit der von ihm im

Digitized by Google

Inlande übernommenen Verbindlichkeit aber nach badischem Rechte zu beurtheilen. 349.

Commissionär, s. Kommissionär.

Comptoir zur gewinnsüchtigen Urkundenfälschung liegt auch dann vor, wenn ein Theilnehmer nicht unmittelbar an dem mit dem Verbrechen beabsichtigten und erlangten Gewinn Theil nimmt und wenn derselbe bei dem Gebrauch der falschen Urkunde nicht thätig war. 109

Concurrenz, über sog. alternative — der Klagen. 278.

Conventionalstrafe, der Anspruch auf eine —, tritt nicht schon durch die Säumniß des Vertragsgegners, sondern erst durch die Setzung desselben in Verzug ins Leben. 248.

Creditshypothek, s. Unterpfandsverschreibung.

Desertion, macht sich der Rekrut, welcher sich durch Verweilen im Auslande seiner Militairpflicht entzieht, des Ungehorsams in Bezug auf die Wehrpflicht oder der — schuldig? 356.

Diebstahl, die Aneignung eines als Ueberführungsstück in gerichtliche Verwahrung genommenen Gegenstandes durch den Verdächtigen ist kein —. 152.

— oder Unterschlagung? 237. 328.

Dienstverding, der Anspruch einer Hebamme auf den ihr zugesagten Gehalt besteht so lange fort, als die Hebamme im Dienst ist, und unterliegt nicht der einseitigen Kündigung der Gemeinde. 114.

Dienstvertrag, s. Aktiengesellschaft.

Ehefrau, der Anspruch der — auf Schadloshaltung aus der Gantmasse ihres Ehemannes für eine übernommene Schuld bildet nicht eine selbstständige, von der Forderung des betreffenden Gläubigers trennbare und dieselbe zurückdrängende, veräußerliche und sonach dem Beschlag dritter Gläubiger unterliegende Forderung der —. 65.

Eheliche Güterrechte, s. Nichtgemeinschaft.

Eheliche Nutznießung, s. Nutznießung.

Ehelichmachung, ein vor dem 1. Januar 1810 geborenes anerkanntes uneheliches Kind wird durch die nachfolgende, erst nach Einführung des gegenwärtigen Landrechts abgeschlossene Ehe seiner Eltern auch dann legitimirt, wenn die Anerkennung nicht nach Vorschrift des L.R.S. 334 in einer öffentlichen Urkunde, sondern mündlich oder stillschweigend erfolgt ist, sofern eine solche Anerkennung nach dem früher geltenden Rechte giltig war. Diesem Grundsatz steht §. VII. Abs. 2 des I. E.Ed. zum Landrecht nicht entgegen. Der hier erwähnte Rechtsstand der unehelichen Kinder ist gleichbedeutend mit: Inbegriff der den unehelichen Kindern als solchen zustehenden Rechte, bezieht sich aber nicht auf die Bedingungen, unter denen sie legitimirt werden. 351.

Ehemännliche Ermächtigung, die ehemännliche Ermächtigung, beziehungsweise Mitwirkung zu Rechtsgeschäften der Ehefrau ist nur im Interesse des Ehemanns geboten, genügt daher abgesehen von besondern gesetzlichen Ausnahmen, auch bei Verträgen der Ehegatten unter sich oder mit Dritten, wenn sie auch zum Vortheile des Ehemannes selbst dienen. 201.

Ehenichtigkeit, Schwangerschaft der in die Ehe getretenen Frau, von einem dritten Schwängerer herrührend, begründet einen Irrthum über wesentliche Eigenschaften, der die Nichtigerklärung der Ehe nach sich ziehen kann. 370.

— Ehegatten können gegeneinander mit einer Klage auf Nichtigkeit der Ehe nicht gehört werden, wenn ein Besitz des Ehestandes vorhanden, und der Schein über die vor dem Beamten des bürgerlichen Standes geschlossene Ehe vorgelegt worden. Diese Vorschrift findet auch auf die im Auslande ohne Staatsgenehmigung geschlossenen Ehen Anwendung. 374.

Ehescheidung, die Entscheidung der Frage, ob die von einem Ehegatten erlittenen Thätlichkeiten als Scheidungsgrund gelten können, ist im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen anheimgegeben. 189.

Eidesformel, Anstände gegen die — sind stets vor der Eidesleistung zu bereinigen. Durch Veränderungen der Bezeichnung von, zu Gewissenszweifeln Anlaß gebenden, Nebenpunkten der Eidesformel wird namentlich bei Notheiden nicht gegen §. 1098 der Pr.O. verstoßen. 69.

Eideszuschiebung, auch für die Klage auf Vermögensabsonderung ist die — kein zulässiges Beweismittel. 47.

— der Beklagte, welchee gegen die von ihm ausgestellte, vollbeweisende Urkunde über ein erhaltenes Darlehen geltend macht, daß er das fragliche Kapital gar nicht erhalten und der Kläger sich die Schuldurkunde wider seinen Willen angeeignet habe, so kann er sich zum Beweise hierfür der — bedienen. 235.

Eigenmächtige Einerndtung gepfändeter und bereits versteigerter Früchte auf dem Halme durch den Schuldner; fällt dieselbe unter das Strafgesetz? 364.

Einkleidung eines Rechtsgeschäfts in die Form eines anderen. 145.

Einreden, s. Beweislast und unbedingter Befehl.

Einsprache, s. Sicherungsarrest.

Einsprache gegen die Vollstreckung, unterliegt der amtsrichterliche Einhaltsbefehl des §. 854 der Beschwerdeführung? 134.

Eisenbahnbeschädigung, ein wesentliches Merkmal des Thatbestandes des in §. 566 ff. des Str.G.B. bedrohten Verbrechens der vorsätzlichen oder fahrlässigen — besteht in der Gemeingefährlichkeit der die Beschädigung verursachenden Handlung. Zu den durch diese Handlung gefährdeten Personen gehören nicht blos die im Zug mitfahrenden Passagiere, sondern auch Eisenbahnbedienstete oder Arbeiter und in der Nähe stehende oder gehende Personen. 5.

s. auch Fahrlässigkeit.

Eisenbahnbillets, sind keine öffentliche Urkunden. 225.

Eisenbahnen, s. Frachtgeschäft der Eisenbahnen.

Eheeliche Theilung, über Umstoßung einer von beiden Eltern gemeinschaftlich vorgenommenen —. 283.

Entfernung, was ist — im Sinne des L.R.S. 312? 337.

Entmündigungsverfahren, wer erstattet nach dem R.P.G. von 1864 das Gutachten, welches nach L.R.S. 494 das Gericht von dem Familienrath zu erheben hat? 79.

— über Bekanntmachung des Entmündigungserkenntnisses. 131.

Digitized by Google

Entſagung, auf den Rechtsſtreit, ſ. Standesklagen.
Entſchädigungsanſpruch, ſ. Nichtgemeinſchaft.
Entſchädigungsanſprüche, ſ. Aktiengeſellſchaft.
Entſcheidungsgründe, über die Aufnahme der Beweismittel in die —. 33. 270.
Entwendung, über die civilrechtlichen Folgen der Entwendung oder Verheimlichung von Beſtandtheilen einer Theilungsmaſſe durch einen der Theilungsgenoſſen. 283.
Erbleben, ſ. Fiſchereirecht.
Erbtheilung, eine — bedarf zu ihrer Giltigkeit der Aufnahme einer Urkunde nicht. 284.
Erbvertretung, durch die Bezeichnung der Geſchwiſter des Erblaſſers als Erben iſt das —recht ihrer Kinder nicht ausgeſchloſſen. 240.
Ergänzung, die Ergänzung der Anmeldung einer Forderung im Sinne des §. 253 der Pr.O. iſt auch nach dem Präcluſivbeſcheid noch zuläſſig. 104.
Expropriationsgeſetz, ſ. Zwangsabtretung.

Fälſchung, wegen Beurtheilung mehrerer im Inlande verübter Fälſchungen, wenn der Angeſchuldigte das gleiche Verbrechen im Auslande verübt hat, und dort, jedoch erſt nach Verübung der im Inland vollführten Fälſchungen, beſtraft worden iſt (§. 479 des Str.G.B.). 33.
— öffentlicher Urkunden. 49.
— über den Thatbeſtand der Urkunden —. 109.
— einer Privaturkunde. 216.
— von Eiſenbahnbillets. 225.
— von Sportzetteln. 183.
ſ. auch Telegramm.
Fahrläſſigkeit, zum Thatbeſtand einer ſtrafbaren — gehört nicht, daß die beſchädigende Handlung eine unberechtigte ſei, ſondern genügt die Vornahme einer an ſich berechtigten Handlung trotz der Vorausſicht der Möglichkeit der beſchädigenden Wirkungen derſelben. 5.
Fahrnißverſicherung, über den Einfluß der Translokation und anderweiter Verſicherung auf die Giltigkeit eines Fahrnißverſicherungsvertrags. 189.
Falſches Zeugniß, ſ. Handgelübdebruch.
Familienſtiftung, ſ. Legitimation.
Faſelviehhaft, wenn die Gemeinde, zu deren Gunſten Faſelvieh von einem Dritten gehalten werden mußte, ſolches ſelbſt auch noch gehalten hat, ſo kann der Pflichtige zur Beſtimmung des Betrags der von ihnen zu zahlenden Ablöſungsſumme auf die urkundlichen Nachweiſungen der von der berechtigten Gemeinde in den Normaljahren für die Haltung ihres Faſelviehs beſtrittenen Auslagen ſich berufen. 72.
Frachtfracht, ſ. Frachtvertrag.
Feiertage, Einfluß derſelben im Civil- und Strafverfahren. 196.
Feldwege und Feldpfade. 244.
Fiſchereirecht, ein zur Zeit des Eintritts des Fiſchereigeſetzes vom 10. April 1848 bereits aufgehobenes Erbleben gibt kein Recht auf Fortbeſtand des Privat- —s. Unter den im Fiſchereigeſetz als fortbeſtehend ausgenommenen Erbleben ſind nur ſolche am — ſelbſt zu verſtehen, nicht aber das als Zugehörde eines Erblehengutes erſcheinende —. Das in L.R.S. 644 dem Anſtößer gegebene Recht der Benützung eines nicht zum Staatseigenthum gehörigen fließenden Waſſers findet auf das — keine Anwendung. Die über den Fortbeſtand eines Privat- —s abgeſchloſſenen Verträge von Seiten einer Landgemeinde oder einer Stadt unter 3000 Einwohner ſind ohne Staatsgenehmigung ungiltig. 30.
Flußſchifffahrt, ſ. Frachtvertrag.
Fortgeſetzte Verbrechen, Gerichtszuſtändigkeit bei denſelben. 240.
— Anwendung des §. 180 des Str.G.B. auf Brandſtiftung. 250.
ſ. auch Fälſchung.
Frachtgeſchäft der Eiſenbahnen, geſetzlich zuläſſige Beſtimmungen von Eiſenbahnreglements ſind, ſofern die letztern im Frachtbriefe als maaßgebend anerkannt ſind, für den Waarenverſender bindend. Die zum Ausſchluſſe der Haftbarkeit der Eiſenbahnen für die mit dem Transport in unbedeckten Wagen verbundenen Gefahren nöthige Vereinbarung kann auch ſtillſchweigend abgeſchloſſen werden. Eine ſolche ſtillſchweigende Vereinbarung iſt vorhanden, wenn das maaßgebende Reglement ausſpricht, daß die Eiſenbahnverwaltung Güter ermäßigter Frachtpreiſe dann in unbedeckten Wagen zu befördern befugt ſei, wenn nicht der Verſender die Beförderung zum ordentlichen Frachtſatze verlange. 193.
Frachtvertrag, die Beſtimmungen des H.G.B. Buch V. Tit. 5 haben nur Anwendung auf den — zur See. Wenn auch bei Abſchluß des —s eine Charlepartie errichtet wurde, ſo kann doch bei der Flußſchifffahrt keine Fautfracht verlangt werden. Dagegen hat der Rheinſchiffer gegen den ſäumigen Befrachter die Schadensklage nach L.R.S. 1146 ff. 181.
Frageſtellung, bei fortgeſetzten Verbrechen. 250.
Freitheil, der — wird nur nach dem Werth des Vermögens zur Zeit der Eröffnung der Erbſchaft berechnet; Früchte und Zinſen, welche die Erbſchaft in der Zwiſchenzeit abgeworfen, bleiben außer Betracht. 288.
ſ. auch Nutznießung.

Gantanwalt, ſ. Gantverfahren.
Gantverfahren, durch die Eintreibung einer in einer Gant angemeldeten Forderung in die dritte, ſtatt in die vierte Ordnung ſind die Gläubiger fünfter Ordnung nicht beſchwert. Die Anfechtung dieſer Lokation kommt daher nur den, bei der Berechtigung betheiligten Vorzugs- und Unterpfandsgläubigern zu. 25.
— dem Gantrichter kommt es nicht zu, die Verſteigerung des Maſſevermögens von Amtswegen anzuordnen und zu dieſem Zwecke den Gantmann aus der Wohnung auszuweiſen. Gegen eine ſolche Maaßregel hat der Gantmann das Rechtsmittel der Beſchwerdeführung. 32.
— Bedeutung und Widerruf des vom Gantanwalt abgelegten Geſtändniſſes. 125.
ſ. auch Ergänzung, Gütergemeinſchaft.
Gebühren, ſ. Anwaltsgebühren.

Digitized by Google

Gebühreenordnung, zur Auslegung der — der Anwälte. 153.
Gemeinschaftstheilung, s. Theilung.
Gerichtsbarkeit, s. Amtsverbrechen.
Gerichtspraxis. 128.
Gerichtsstand, der — der Prävention hört mit dem Schluß der Untersuchung auf. 113.
s. auch Zuständigkeit.
Gerichtszuständigkeit, bei fortgesetztem Verbrechen. 240.
Gesellschaften auf Gegenseitigkeit, über die rechtliche Natur derselben. 263.
Geständniß, s. Gantverfahren.
Grenzsteine, können giltig nur in Folge gegenseitigen Einverständnisses der Betheiligten oder in Folge richterlichen Erkenntnisses gesetzt werden. Das Recht des Ufereigenthümers auf die Anschwemmung schließt den Grenzsteinsatz zwischen dem Privateigenthum am Ufer und dem eine Zubehörde des Staatseigenthums bildenden Strombette aus. Die Klage auf Beseitigung von zwischen Privateigenthum und dem Stromdette von der Staatsverwaltungsbehörde einseitig gesetzten Grenzsteinen gehört vor die bürgerlichen Gerichte. 84.
Grundbucheinträge, die Einträge zum Grundbuch behufs der Gewähr eines ungezeigten Eigenthumsübergangs haben in der Regel erst in der nächsten ordentlichen Gemeinderathssitzung zu geschehen, durch das Zusammentreffen collidirender Einträge wird der Vorrang im Eigenthumserwerbe in Frage gestellt. 97.
Grunddienstbarkeit, s. Wasserleitungsrecht.
Gütergemeinschaft, die Ehefrau, welche vorliegenschaftetes Fahrnißeinbringen aus der Gantmasse ihres Ehemannes zurückfordert, muß die Thatsache des Eindringens jener Fahrnisse in die Ehe durch solche Urkunden beweisen, welche gegen Dritte Beweiskraft haben. 86.
— das Geding des festbestimmten Beibringens (die sog. clause d'apport) wirkt kraft Gesetzes den Vorbehalt nicht nur der gegenwärtigen, sondern auch der künftigen nicht eingeworfenen Fahrnisse. Beim Dasein dieses Gedings geht das Eigenthum der vorbehaltenen Fahrniß nicht auf die Ehegemeinschaft über und ist mithin der Ehemann nicht befugt, vorbehaltene eheweibliche Fahrnisse einseitig zu veräußern. 117.
— das Beibringen, sowie die Vergütungen des Mannes sind nicht unter den Schulden begriffen, für welche die Frau ultra vires emolumenti haftet. 283.

Handelsgericht, s. Zuständigkeit.
Handelsgeschäft, ein Geschäft, welches mit einem Handwerk und von ihm nicht getrennt — betrieben wird, kann nicht als — angesehen werden. Die Absicht der Weiterveräußerung muß schon bei der Anschaffung nachweisbar vorgeherrscht haben, wenn der Kauf als — angesehen werden soll. 355.
Handelsgesellschaft, für die Schulden einer offenen — haften nicht nur die zur Zeit der Entstehung der Schuld vorhandenen Theilhaber der Firma, sondern auch die später vor der Tilgung der Schuld eingetretenen, Beide selbst dann, wenn sie vor Befriedigung des Gläubigers wieder ausgetreten sind. Die Sammtverbindlichkeit der Gesellschafter dauert dem Gläubiger gegenüber auch während der Liquidation der Gesellschaft fort. Diese besteht während der materiellen Insolvenz fort und wird erst durch die Ganteröffnung aufgelöst. 77.
Handelsgesellschaft, wird die offene — durch die Gant eines der Gesellschafter in allen Fällen aufgelöst, oder kann der gantmäßige Gesellschafter lediglich ausgeschlossen werden? (in ersterem Sinn entschieden). 361.
Handelsleute, s. Nachlaßvergleiche.
Handgelübdebruch, der §. 493 des Str.G.B. steht bezüglich des falschen handgelübdlichen Zeugnisses mit den Bestimmungen der Str.P.O. von 1864 über die Hauptverhandlung, sofern solche vor dem Amtsrichter als Einzelrichter stattfindet, nicht im Einklang. 326.
Handgeschenk des Ehemanns an seine Ehefrau. 368.
Handlungsgehilfe, der Principal darf seinen —n ohne vorherige Auffündung und ohne gerichtliches Einschreiten entlassen, wenn der — für Rechnung eines anderen Kaufmannes Handelsgeschäfte in nicht unerheblichem Maaße abschließt. Ob der Principal bei der Entlassung des Gehilfen von jenem Umstande Kenntniß hatte, kommt nicht in Betracht. 308.
Harte Mißhandlung, s. Ehescheidung.
Hausdiebstahl, für die gerichtliche Verfolgung des Hausdiebstahls entscheidet die vom Dienst- oder Hausherrn bewirkte Anzeige, ohne Rücksicht auf etwa entgegenstehende Privatvereinbarung. Zurücknahme der Anzeige findet bei dem — nicht statt. 74.
Hebamme, s. Dienstverding.
Hofgüter, aus dem Vortheilsrecht der Kinder am elterlichen Hofgut folgt ein Veräußerungsverbot für den Inhaber des Hofgutes nicht. 150.

Inländer, der §. 4 des Str.G.B. ist nur auf solche Handlungen des —s im Auslande anwendbar, welche derselbe verübte, während er die Inländereigenschaft hatte. 209.
Irrthum, zur Lehre vom —. 120.

Kanäle, s. Mühlkanäle.
Kassationsfälle:
Beschwerden des Angeklagten auf Grund von §. 373 1—6 der Str.P.O. 5. 33. 53. 185. 261. 270. 273. 281. 282. 313.
Beschwerden des Angeklagten auf Grund von §. 373 7 der Str.P.O. 5. 10. 100. 183. 185. 198. 212.
Beschwerden des Staatsanwalts §. 375 der Str.P.O. 73. 140. 211. 213.
Kauf zum Zwecke der Sicherung einer Forderung. 145.
Kaufvertrag, s. Verkauf.
Klagänderung. 277.
Klagbegründung, eine stumme Urkunde genügt nicht zur —. 191.
Körperverletzung, über Umfang der Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte wegen —. 151.
— unter dem „eingetretenen Erfolg," nach welchem die §§. 225 resp. 232 des Str.G.B. die Strafe bemessen wissen wollen ist nur das objektive Moment der wirklich eingetretenen — zu verstehen. 198.
— ein Verfahren wegen Theilnahme an dem Raufhandel, bei

Digitized by Google

welchem eine — geſchehen war, kann auch ſtattfinden, ohne daß das Verfahren gleichzeitig gegen denjenigen, der als Urheber der — bezeichnet iſt, gerichtet wird. 281.

Kommiſſionär, der —, welcher die Vermittlung eines Liegenſchaftskaufs übernimmt, iſt als Gewalthaber zu beurtheilen und hat als ſolcher die Verpflichtung, ausſchließlich das Intereſſe ſeines Gewaltgebers zu wahren; er handelt darum durch Annahme einer ihm vom Verkäufer angebotenen Belohnung ſeiner Pflicht zuwider. 57.

Koſtenerſatz, gegen die Abweiſung von — bitten im Strafverfahren findet eine Beſchwerdeführung nicht ſtatt. 307. 359.

Landesverweiſung, Bruch derſelben. 47.

— die Verjährung des §. 194 des Str.G.B. findet auf die — keine Anwendung. 100.

Legitimation, bei Familienſtiftungen iſt nicht das Familienhaupt, als Repräſentant der Familie, zur Klage auf Zuerkennung des Stiftungsgenuſſes berechtigt, ſondern nur das durch die Stiftung bedachte Familienglied. 275.

ſ. auch Gantverfahren.

Literaturberichte. 32. 48.

Miethe, ſ. Beſtandvertrag.

Minderung, ſ. Nutznießung.

Minderungsklage, über Begründung derſelben. 226.

Mühlkanäle, über die Vermuthung für das Eigenthumsrecht an —n. 284.

Nachklage, ſ. Wechſelprozeß.

Nachlaßvergleiche, welche von Handelsleuten zur Abwendung der Gant vor Eröffnung derſelben redlicher Weiſe abgeſchloſſen worden, ſind nicht an die Vorſchriften des L.R.R.S. gebunden. 229.

Negatorienklage, über die Erforderniſſe der —. 360.

Nichtgemeinſchaft, kann bei dem Gedinge des Ausſchluſſes der Gemeinſchaft im Sinne des L.R.S. 1530 der Ehemann die ſeiner Frau gehörigen Staatspapiere ohne deren Zuſtimmung veräußern? Iſt der Ehemann berechtigt eine Coursdifferenz als Entſchädigung zu verlangen, wenn der von ihm und ſeiner Ehefrau aufgeſtellte Depoſitar die Staatspapiere nur auf erhobene Klage ausgefolgt hat, ſich aber der Klage mit Zuſtimmung der Ehefrau widerſetzt? 8. 186.

Nichtigkeit wegen Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens; in dem Umſtande, daß bei einem Tödtungsfalle die Leichenſchau und Leichenöffnung unterbleibt, auch die Gerichtsärzte nicht zugezogen werden, ſtatt deſſen aber das geſetzwidrig von dem behandelnden Arzte in der Vorunterſuchung erhobene Gutachten in der Hauptverhandlung verleſen wird, liegen Verletzungen weſentlicher Vorſchriften bei der Hauptverhandlung und Urtheilsfällung. 313.

ſ. auch Ehenichtigkeit.

Nichtigkeiten im Strafverfahren: die Strafkammer begeht dadurch, daß ſie die in der Vorunterſuchung gemachten, aber in der Hauptverhandlung aus einem geſetzlich gebilligten Grunde verleſenen Angaben von Angeklagten oder Zeugen bei der Urtheilsfällung berückſichtigt, keine Verletzung weſentliche Vorſchriften des Verfahrens. 5.

Nichtigkeitsbeſchwerde, die auf §. 375², beziehungsweiſe §. 373⁷ geſtützte — des Staatsanwalts wird durch §. 375³ vergl. mit § 373³ nicht ausgeſchloſſen. 74.

— ſteht dem Staatsanwalt die — auch gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiter Inſtanz zu? 88.

— wo der Beweis der Wahrheit nicht zugelaſſen worden iſt, kann eine weſentliche Verletzung des Verfahrens bezüglich dieſes Beweiſes nicht behauptet werden. Die — findet nicht ſtatt gegen Beſchlüſſe, die nicht in, ſondern ſchon vor der Hauptverhandlung, wenn auch bei dem ſpäter erkennenden Gerichtshofe, ergangen ſind. In der Ausübung des, auch dem Vorſitzenden der Rekurskammer zuſtehenden discretionären Ermeſſens kann eine Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens nur ausnahmsweiſe dann gefunden werden, wenn ein Gewaltsmißbrauch durch Verletzung ſolcher Vorſchriften behauptet wird. Wegen unrichtiger Entſcheidung der Beweisfrage findet eine — nicht ſtatt. 261.

Nutznießung, die eheliche — des L.R.S. 745a iſt in die nach L.R.S. 1094 und 1098 verſchenkbare Quote einzurechnen. L.R.S. 917 findet innerhalb des Gebietes des L.R.S. 1098 ſtets, innerhalb des Gebietes des L.R.S. 1094 aber nur ausnahmsweiſe Anwendung. Die Anwendung des L.R.S. 917 iſt nicht von dem Beweiſe abhängig, daß der Werth der geſchenkten Nutznießung den geſetzlich erlaubten Betrag überſteigt. Die Bedingung, welche der Erblaſſer an das Vermächtniß einer Nutznießung geknüpft hat, geht auf die nach L.R.S. 1098 zu bemeſſende Quote über. 12.

Oeffentliche Ankündigung, über die rechtliche Natur derſelben. 25.

Oeffentliche Urkunden, Sportelzettel ſind —. 183.

— Eiſenbahnbillets ſind keine —. 225.

— ſind Telegramme —? 232.

Paraphernalgut, negative Bezeichnung deſſelben. 125.

ſ. auch bewidmete Ehe.

Paſſivlegitimation. 100.

Penſion, iſt der Maximalbetrag, welcher einer Penſionsberechnung zu Grund gelegt werden darf 4500 oder 3600 fl.? 329.

Pfändung der Früchte auf dem Halm, ſ. eigenmächtige Einerndtung.

Pfründvertrag, die Auflöſung eines —s wegen Unverträglichkeit ſetzt Ungehörigkeiten von beiden Seiten voraus; dadurch iſt aber nicht ausgeſchloſſen, daß der klagende Theil ſelbſt Schuld am Unfrieden iſt. Folgen der Auflöſung. 221.

Photograph, iſt ein — verpflichtet dem Beſteller von Photographien auch die negativen Bilder auszufolgen? (verneint). 382.

Poſteinzahlungen, iſt die Aneignung von — durch einen Poſt-

Digitized by Google

beamten als Unterschlagung oder als Rechnersuntreue zu bestrafen? 152.

Privatanklageverfahren, der Privatankläger muß auf Vorladung von Seiten der Rekurskammer zur Rekursverhandlung erscheinen, widrigenfalls der ihm angedrohte Rechtsnachtheil, daß sein Ausbleiben als Verzicht auf die Anklage angesehen werde, nach unentschuldigtem Ausbleiben gegen ihn ausgesprochen wird. 139.

Prävention, s. Gerichtsstand.

Praxis der Gerichte. 128.

Privatanklageverfahren. 102.

Protokollirung, die — der Erklärung der Beschädigten über die vom Vertheidiger vorgelegten Urkunden ohne speziellen Antrag eines Betheiligten ist nicht geboten. 282.

Prüfung, s. Theilungen.

Rechnersuntreue, s. Posteinzahlungen.

Rechtsfähigkeit, s. Collision der Gesetze.

Rechtsmittel, s. Appellation Gantverfahren, Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs.

Rekurs, kann der Staatsanwalt den — gegen amtsgerichtliche Urtheile auch zu Gunsten des Angeklagten ergreifen? 88.

Rekursgericht, s. Zeugniß.

Römisches Recht, Verhältniß des römischen und französischen Obligationenrechts. 120.

— wie weit gilt das — in Baden? 235.

Ruhegehalt, ein Offizier, der ohne Beobachtung der Art. 2—5 des Militäredikts entlassen wurde, sich aber diese Entlassung gefallen ließ, kann nicht später auf Zahlung eines Ruhegehalts klagen. In der thatsächlichen Aufgebung des Dienstverhältnisses mit der erklärten Absicht, aus dem Militärverbande auszuscheiden, liegt ein Verzicht auf jeden Ruhegehaltsanspruch. 150.

Sachlegitimation, s. Legitimation.

Sammtverbindlichkeit, zur Lehre von der —. 123.

Schadensbetrag, Feststellung durch den Richter. 20.

Schenkung, s. Uebereinkommen.

Schiedsvertrag, s. Bürgschaft.

Schwurgerichtliches Verfahren, Verurtheilung wegen Körperverletzung auf Grund eines die Voraussetzungen der Tödtung nach §. 213 des Str.G.B. verneinenden Wahrspruchs. Auslegung des Wahrspruchs dabei. 140.

Sicherheitsarrest, Verhältniß desselben zu einem nachfolgenden Vollstreckungsarrest. 323.

Simultankirche. 100.

Sitzungen und Vorsitz. 64.

Sportelzettel sind öffentliche Urkunden. 183.

Staatsanwalt, s. Nichtigkeitsbeschwerde, Rekurs.

Staatsanwaltschaft, die — in dem Bezirk eines Kreis- und Hofgerichts bildet ein Ganzes mit dem Oberstaatsanwalt an der Spitze. Steht gegen eine, dem Antrag des Oberstaatsanwalts entsprechende gerichtliche Verfügung dem einzelnen Staatsanwalt ein Rechtsmittel zu, um seine abweichende individuelle Ansicht Jenem gegenüber vor den Strafgerichten zur Geltung zu bringen? 361. 365.

Standesklagen, bei — ist die Erledigung des Rechtsstreits durch Prozeßentsagung — soferne dieselbe das Aufgeben des bis dahin innegehabten bürgerlichen Standes in sich schließt — unstatthaft. 337.

Strafgeding, s. Conventionalstrafe.

Strafprozeßkosten. 49.

— zu den Kosten, von denen der Angeschuldigte im Falle eines freisprechenden Urtheils freizusprechen ist, gehören die nothwendigen Kosten der Vertheidigung. Der von Amtswegen für einen vermöglichen Angeschuldigten aufgestellte Vertheidiger hat im Falle der Freisprechung seine volle Vertheidigungsgebühr aus der Staatskasse anzusprechen. Die Ermäßigung der Gebühr nach §. 25 der Anw.O. tritt in diesem Falle nicht ein. 188.

Streitwerth, der — für die Klage auf Nichtigkeit einer Zwangsversteigerung wird durch den Werth des Streitobjektes bestimmt. 315

Stumme Urkunde, s. Klagbegründung.

Subrogation, derjenige, welcher für den Mitkäufer einer Liegenschaft einen Theil des Kaufpreises an den Verkäufer zahlt tritt zwar in das Vorzugsrecht des Letzteren ein, steht aber dem Vorzugsrecht des Verkäufers für den Rest des Kaufpreises nach. 104.

Syphilis ist eine ansteckende Krankheit im Sinne des §. 85 des Pol.Str.G.B. 284.

Taxordnung, s. Anwaltsgebühren.

Telegramm, ist ein durch — verübter Betrug als Fälschung strafbar? Ist das — eine öffentliche Urkunde? 232.

Theilung, rechtspolizeiliche Zuständigkeit zur Prüfung einer —. 29.

— die Umstoßung einer Erb- oder Gemeinschaftstheilung wegen Verkürzung findet auch gegen eine nur theilweise vollendete (anerkannte) — statt, wenn die Verkürzung schon jetzt ohne Rücksicht auf die Erledigung der noch ausgesetzten Punkte ermessen werden kann. Die Anerkennung der Theilung steht der Verkürzungsklage nicht im Wege. 201.

s. auch Collision und Erbtheilung.

Todtschlag, ist der Milderungsgrund des §. 210 für schwerere Fälle ausgeschlossen? 224.

Tödtung, Fälle der — im Mutterleibe. 335.

Trennung von Tisch und Bett, gegen inländische Eheleute durch ein ausländisches Gericht erkannt. 107.

Ueberbürge, s. Bürgschaft.

Uebereinkommen, das — wodurch sich ein bei einer bevorstehenden Vermögensübergabe Betheiligter verpflichtet, einen anderen Betheiligten dafür, daß dieser bei Abschließung des Uebergabsvertrags zu der niederen Schätzung der Liegenschaften seine Einwilligung ertheilt, eine bestimmte Summe zu zahlen, ist keine Schenkung, auch kein Bestandtheil der nachfolgenden Uebergabe, und daher nicht an öffentliche Form gebunden. Dasselbe ist, wenn die Schätzung auch schon früher

Digitized by Google

und unter Mitwirkung sämmtlicher Betheiligten stattgefunden hat, nicht ohne Verpflichtungsgrund, und hat auch nicht die Erbschaft einer noch lebenden Person zum Gegenstand. Die Urkunde, worin der eine Theil dem anderen die Zahlung jener Summe zusagt, ist nur als eine, das Anerkenntniß der einseitigen Verpflichtung dieses Vertragstheils enthaltende Schuldurkunde anzusehen. 222.

Ueberfühungsstücke, s. Diebstahl.

Uebertragung eines Forderungsrechts, s. Cession.

Umstoßung, s. elterliche Theilung und Theilung.

Unbedingter Befehl, der Vortrag von Einreden gegen einen unbedingten Befehl ist auch nach Ablauf der Zahlungsfrist desselben und selbst nach begonnener Vollstreckung noch zulässig. 182.

Ungehorsam in Bezug auf die Wehrpflicht, s. Desertion. 356.

Unterschlagung, die zum Nachtheil des Dienstherrn verübte — darf nur auf dessen Anzeige gerichtlich verfolgt werden. Diese Anzeige ist vor Einleitung der Voruntersuchung und nicht erst in der Hauptverhandlung zu erklären und kann nicht mehr zurückgenommen werden, sobald die Versetzung in Anschuldigungsstand erfolgt ist. 10.

— kommt bei einer — die Eigenschaft eines Beschädigten, welcher den Antrag auf strafgerichtliche Verfolgung stellen kann, auch dem Bürgen des Eigenthümers der Gelder, die unterschlagen wurden zu, und ist dieses insbesondere dann der Fall, wenn diese Gelder dem Urheber der Unterschlagung zu dem Zweck übergeben waren, daß daraus jene Schuld, für welche die Bürgschaft übernommen war, bezahlt werden sollte? Ist der von einem solchen Bürgen gestellte Antrag auf strafgerichtliche Verfolgung auch dann zu berücksichtigen, wenn der zunächst beschädigte Eigenthümer jener Gelder von seiner Seite nicht nur keinen solchen Antrag gestellt, sondern im Gegentheil in positiver Weise kundgegeben hat, daß er eine strafgerichtliche Verfolgung nicht wolle? 53.

Unterschlagung. 216.

— oder Diebstahl? 237. 328.
s. auch Posteinzahlung.

Unterpfandsverschreibung für einen zu eröffnenden Credit. Natur und Umfang derselben. In wie weit erstreckt sie sich auch auf Zinsen und Provision.? 271.

Urkundenbeweis, s. Uebereinkommen.

Urkundenfälschung, über den Thatbestand derselben. 109.

Urkundenunterdrückung, untaugliches Object bei der —. 53.

Verbrecherische Verbindung, s. Complott.

Verheimlichung, was ist — im Sinne des L.R.S. 316³. 337.
s. auch Entwendung.

Verjährung, die — des §. 194 des Str.G.B. findet auf die Landesverweisung keine Anwendung. 100.

Verkauf, der — einer fremden Sache kann sowohl durch nachträgliche Erwerbung derselben durch den Verkäufer, als auch durch Genehmigung des wirklichen Eigenthümers zur Gültigkeit gelangen. Auf die in L.R.S. 1596 gedrohte Nichtigkeit kann sich ein Dritter nicht, auch insbesondere der dritte Käufer nicht auf Grund des L.R.S. 1653 dann berufen, wenn ihm das unter L.R.S. 1596 fallende Verhältniß bekannt war. 380.

Verkürzung, s. Theilung.

Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens, s. Nichtigkeiten im Strafverfahren.

Vermächtniß, unter dem — der Fahrnisse sind nicht nothwendig die Baarschaft und die ausstehenden Forderungen des Erblassers mit inbegriffen, sondern diese sind dann als von jenem Vermächtniß ausgenommen anzusehen, wenn dies der erkennbare Wille des Erblassers ist. 1.

Vermögensabsonderung, ist die Verfügung des §. 1060 der Pr.O. öffentlich bekannt zu machen? 130.
s. auch Eideszuschiebung.

Vermögensübergabe, die Klage auf Auflösung einer — wegen Nichterfüllung der Auflagen ist zulässig. Auch eine theilweise Nichterfüllung kann genügenden Grund zur Auflösung bieten. 51.

— Auslegung des Vorbehalts eines Kapitals von Seiten der Vermögensübergeber. 206.
s. auch Uebereinkommen.

Verschulden, Niemand kann das eigene — für sich und zu seinem Vortheil geltend machen. 303.

Versteigerung, s. Gantverfahren.

Verstümmelung, wird durch Einschlagen von Zähnen eine — bewirkt? 284.

Vertheidigungsgebühr, s. Strafprozeßkosten.

Vertragsgegenstand, s. Uebereinkommen.

Vertragsursache, Voraussetzung der Wirkungslosigkeit eines Geschäftes wegen unrichtiger —. 145.
s. auch Uebereinkommen.

Vollstreckung, s. ausländische Urtheile.

Vollstreckungsarrest, Verhältniß desselben zu einem vorausgegangenen Sicherheitsarrest. 323.

Vollstreckungsverfahren, Anfechtung einer Liegenschaftszwangsversteigerung wegen Nichtigkeit des Verfahrens. 170.

— die in §. 137 der Dienstweisung für Vollstreckungsbeamte angeordnete, vierte Bekanntmachung der Versteigerung mittelst der Schelle ist keine nothwendige Förmlichkeit und deren Unterlassung erzeugt keine Nichtigkeit. Wenn der Steigerer einen anderen Steigerungsliebhaber durch Zusage von Vortheilen vom Mitbieten oder Weiterbieten abhält, so macht dies die Versteigerung nicht ungiltig. Kann der durch den Mindererlös der Versteigerung benachtheiligte Gläubiger oder Eigenthümer von jenem Steigerer Entschädigung verlangen? 315.

Voraussage, s. Bürgschaft.

Vorsitz, über Sitzungen und —. 64.

Vorstand, s. Aktiengesellschaft.

Wasserbenützung, Wiesen, die nicht unmittelbar an den Fluß oder Bach anstoßen, aber mit unmittelbaren Anstößern in einem Wässerungsverbande stehen, können das Recht zum Bezug des Wassers behufs der Wässerung jedenfalls durch 30jährige Ersitzung erwerben. Erfordernisse zur Begründung eines ausschließlichen Rechts auf die —, beziehw. eines Vorrechtes. Bedeutung von sog. Wässerungsverboten der Ver-

Digitized by Google

waltungsbehörden; ebenso Einfluß vom Müller selbst vorgenommener vorübergehender Absperrungen der Wasserleitung der Wiesenbesitzer. Theilung des Wassers bei concurrirenden Rechten. 311.

Wasserleitungsrecht, ein — wird nicht blos dadurch verletzt, daß ein Theil des Wassers der Leitung unmittelbar entzogen wird, sondern auch dadurch, daß Wasser, bevor es in die Leitungsvorrichtung einläuft, abgeleitet wird. Der Eigenthümer des dienenden Grundstückes ist im Interesse der besseren Cultur desselben nicht zur Beeinträchtigung der Wasserleitung, sondern nur etwa zur Herbeiführung einer unschädlichen Modifikation derselben berechtigt. 167.

Wechsel, abhanden gekommene —. 158.

— Voraussetzungen eines domizilirten —s mit besonderem Domizilaten. Ist bei dem domizilirten Wechsel eine vom Acceptanten verschiedene Person als Domizilat angegeben, so muß zur Erhaltung des Wechselrechts selbst gegenüber dem Acceptanten, Mangels Zahlung bei dem Domizilaten Protest erhoben werden, ausgenommen wenn der Domizilat selbst Eigenthümer des —s bei der Verfallzeit war und die —klage anstellt. War aber auch der Domizilat zur Zeit des Verfalls — eigenthümer, hat jedoch später den — an den Remittenten zurückgirirt und stellt dann der Letztere die — klage gegen den Acceptanten an, so ist diese verwerflich, wenn nicht rechtzeitig von dem Domizilaten bei sich selbst Protest erhoben worden ist. 197.

— die Vorschriften über Präsentation der auf eine Zeit nach Sicht lautenden — gelten auch für eigene —. Die Versäumung der zweijährigen Präsentationsfrist ist vom Richter ex officio zu berücksichtigen. Nur die auf dem — selbst befindlichen Erklärungen kommen in Bezug auf die Klagbarkeit der — forderung in Betracht. 319.

— der Acceptant eines —s kann die Einrede des Betrugs nicht damit begründen, sein Gegner habe ihm den — als die Rechnung, welche er durch Unterschrift anerkennen solle, bezeichnet. 320.

— der —inhaber ist schon durch das Dasein einer auf ihn führenden ununterbrochenen Giroreihe legitimirt und braucht die —fähigkeit seiner Vormänner nicht zu prüfen. Die Behauptung der Zahlung an einen Dritten ist gegenüber dem —inhaber ohne Bedeutung. Verweisung der Einrede des Betrugs zum besonderen Austrag. 320.

— nach dem in London geltenden Rechte bestehen für die auf gewisse Tage nach Sicht gestellten Wechsel drei Respekttage, so daß solche Wechsel erst am dritten Tage nach Verfall bezahlt oder protestirt werden müssen. 321.

— Bereicherungsklage gegen den Aussteller, weil dieser das Accept des Bezogenen ohne Gegenleistung erhalten habe. Zuständigkeit des Handelsgerichts. 322.

Wechselklage, wenn ein freiwilliger Intervenient als Ehrenacceptant zu Gunsten eines Wechselverpflichteten aufgetreten ist, so ist zur — des Honoraten gegen den Trassaten als Acceptanten der urkundliche Beweis erforderlich, daß der Kläger entweder selbst den Wechsel eingelöst oder den Intervenienten schadlos gehalten hat. Befindet sich bei dem Accept des Trassaten eine Nothadresse, so muß auch bei dieser der Protest erhoben werden, widrigenfalls der wechselrechtliche Anspruch gegen den Acceptanten, Adressanten erlischt. 144.

Wechselprozeß, die Einrede, daß von Seiten des Bezogenen durch Accept des Wechsels dem Aussteller desselben ein Darlehen für eine gewisse Zeit habe verschafft werden sollen, ist auch gegenüber dem Aussteller im Wechselprozeß nicht zulässig, wenn sie nicht mit Urkunden erwiesen werden kann. — Eine im Urtheil über den Wechselprozeß vorbehaltene Einrede ist mittelst einer sog. Nachklage geltend zu machen. 81.

Wechselurkunde, s. Bürgschaft.

Wehrpflichtige, über das Verfahren gegen ungehorsame — und die Bestrafung derselben. 227.

— der dritte Stellungstermin, nach dessen Ablauf das Strafverfahren gegen ungehorsame — in der Regel fest eingeleitet werden soll, berechnet sich nach dem Lebensalter. — Meinungsverschiedenheiten zwischen Bezirksamt und Staatsanwalt darüber, ob die Voraussetzungen zum strafgerichtlichen Einschreiten vorliegen entscheidet die vorgesetzte Dienstbehörde. 302.

Werkverding, der Baugewerbsmann, welcher seine Arbeit und Lieferungen unmittelbar verdingt, haftet auch für diejenigen Constructionsfehler, welche ihren Grund in dem ihm zur Ausführung übergebenen Bauplan haben. 108.

— Haftbarkeit des Unternehmers eines Eisenbahnbaues für die von seinem Unteraccordanten eingegangenen Verbindlichkeiten aus Lieferungsverträgen und für die Bezahlung der Eisenbahnbauarbeiter. 282.

Widerruf, s. Gantverfahren.

Wohnsitzänderung. 107.

Zeugen, über das Verfahren, welches einzuhalten ist, wenn inländische Zeugen in auswärts anhängigen Prozessen auf Requisition bei diesseitigen Gerichten Zeugniß zu geben sich weigern. 300.

Zeugenaussagen, s. Entscheidungsgründe.

Zeugniß, unter welchen Bedingungen kann ein freigesprochener Mitangeklagter als Entlastungszeuge vorgeschlagen werden? Auch bei dem Rekursgericht genügt im Falle des §. 393 der Str.P.O. die Verlesung einer, bei der Hauptverhandlung erster Instanz festgestellten Aussage. — Der öffentliche Diener, gegen welchen bei Ausübung seines Dienstes ein Vergehen verübt worden ist, darf als Zeuge über dasselbe behandelt werden. 273. 281.

Zugebrachtes Gut, Bezeichnung desselben im Ehevertrag. 125. s. auch bewidmete Ehe.

Zurücknahme der Anzeige, s. Unterschlagung.

Zuständigkeit der Gerichte bei fortgesetzten Verbrechen. 240.

— des Handelsgerichts. 322.

— der Strafgerichte bei Tödtung im Mutterleibe und Abtreibung der Leibesfrucht. 345.

— Zusammenstellung der, durch den Werthbetrag des Streitgegenstandes veranlaßten Collisionsfälle über die — der Amts- und Kreisgerichte. 375.

— der Staatsvertrag mit Würtemberg steht der Anwendung des

Digitized by Google

§. 60 der Pr.O. (Gerichtsſtand der Ausländer wegen perſönlicher Verbindlichkeiten, welche im Inland entſtanden ſind) und des §. 13 der Pr.O. (Gerichtsſtand für einſeitige Handelsſachen) nicht entgegen. 380.

ſ. auch Gerichtszuſtändigkeit.

Zuſtändigkeit der Gerichte, der Anſpruch einer Hebamme an die Gemeinde auf den ihr zugeſagten Gehalt eignet ſich zum Austrag vor den bürgerlichen Gerichten. 114.

— kommt den bürgerlichen Gerichten die Entſcheidung des zwiſchen der Staats- und Kirchenbehörde ſchwebenden Streites zu, ob eine Stiftung als eine kirchliche zu betrachten ſei? 342.

— bei Gelegenheit der den Verwaltungsbehörden obliegenden Ausführung der Trennung von Kirchſpielsgemeinden und Errichtung eigener Pfarrgemeinden können auch Streitigkeiten über Anſprüche, die auf Privatrechtstitel gegründet werden, vorkommen, für deren Entſcheidung die bürgerlichen Gerichte zuſtändig ſind. 377.

Zuſtändigkeit der Gerichte, für Streitſachen über die Verbindlichkeit eines Ortsfonds zur Fortentrichtung von Beiträgen zum Lehrergehalte ſind die bürgerlichen Gerichte zuſtändig. 383.

ſ. auch Grenzſteine.

Zwangsabtretung, für die Beeinträchtigung einer als Privatnutzungsrecht ſich darſtellenden Fährgerechtigkeit durch den Bau einer Eiſenbahnbrücke iſt nach dem —geſetz Entſchädigung zu leiſten. 16.

— für die Nachtheile und Störungen, welche der Betrieb der durch die Abtretung eines Theils ſeines Eigenthums näher gerückten Eiſenbahn dem Eigenthümer für den ihm bleibenden Theil ſeiner Liegenſchaft bringt, gebührt demſelben Entſchädigung. — Wann iſt der in §. 32 des Expr.Geſ. vorgeſehene Minderwerth zu vergüten? 172. 217.

Digitized by Google

Erläuterungen

a) des Landrechts.

Artikel.	Seite.
3. 3a.	349.
4b.	235.
15.	283.
102.	283.
103.	107.
110.	283.
171.	374.
180.	370.
196.	374.
210. 211.	325.
217.	201.
231.	189.
312. 316.	337.
331. 334.	351.
494.	79.
535.	1.
538.	84.
544.	284.
546.	244. 284.
556. 557.	84.
644.	29. 311.
645.	311.
646.	84.
701.	167.
742.	241.
745a.	12.
791.	222.
792.	283.
816. 819.	284.
822.	283.
838.	29.
887.	201.
900.	283.
917.	12.
922.	226. 283.
931.	222.
953.	51.
1056.	176.
1079.	283.
1094. 1098.	12.
1100a b.	222.
1100a c., b b.	51.
1100d b.	1. 275.
1100d c., d d.	238.
1108. 1108a.	193.
1109. 1110.	120.
1116.	349.
1121.	282.
1130.	222.
1131.	145. 191. 222.
1133—35.	193.
1153.	283.
1156.	154.
1165.	282.
1167.	111. 145.
1184.	278.
1200 ff.	123.
1230.	248.
1251. 1252.	104.
1317.	183.
1325. 1326.	222.
1358.	125.
1476.	201.
1477.	283.
1483.	283
1497. 2.	368.
1499.	36. 368.
1500.	117. 368.
1503.	117.
1530. 1535b.	8.
1574.	125.
1583a.	97.
1596. 1599.	380.
1600.	222
1653.	380.
1690.	257.
1719.	283.
1780.	114.
1792.	106.
1798.	282.
1865. 1871.	361.
1983 i. m. n.	221.
1986. 1988.	20.
1991.	57.
1998.	20.
2014.	44.
2022. 2023.	44.
2029. 2030.	287.
2032.	65.
2036.	157.
2132.	271.
2135.	65.
2151.	271.

b) des Landrecht-Anhangs.

Artikel.	Seite.
211—214.	145.
218 ff.	229.
229—235.	125.

c) des Handelsgesetzbuchs.

Artikel.	Seite.
62.	308.
112. 113.	77.
123. 125. 128. 127. 131. 133 ff.	261.
144. 146.	77.
227.	59.
271. 273.	355.
422—31.	193.
581.	181.

d) der deutschen Wechselordnung.

Artikel.	Seite.
19. 20.	319.
23.	320.
24.	197.
31.	319.
36.	320.
41.	321.
43.	197.
62.	144.
74.	158.
80.	321.
82.	320.
83.	322.
98.	319.

Digitized by Google

e) der bürgerlichen Prozeßordnung.

§§.	Seite.
8.	375.
13.	380.
15.	315.
39.	375.
52.	375.
60.	380.
122. 123.	31.
123.	139.
205. 207.	196.
215.	285.
253.	104.
257.	191.
261.	375.
351.	277.
378.	128. 200.
384. 385.	101.
474 ff.	300.
483 a.	300.
526.	235.
588.	20.
617.	323.
622.	182.
654.	81.
723. 726.	145.
732. 735.	32.
759. 764.	125.
810. 812—814.	25.
846. 847.	45. 70.
851.	135.
854.	134.
856.	170.
904.	364.
949.	170.
967.	323.
1013.	375.
1042. 1058.	47.
1060.	130.
1098.	68.
1105. 1135.	119.
1137. 1153.	285.
1157. a. b.	32.

f) des Strafgesetzbuchs.

§§.	Seite.
4.	209.
101.	5.
111.	53.
125.	109.
180.	250.
194.	100.
210.	224.
225.	198. 284.
232.	198.
253.	335.
376.	152. 237. 328.
391—394.	10. 74.
400.	10. 53. 216. 237.
405.	10. 53.
423. 429.	49. 225.
423 ff.	109
430.	216. 225.
450.	232.
459.	53.
465.	211.
479.	33.
493.	326.
566.	5.
659.	216.
687.	152.
701.	152.

g) der Strafprozeßordnung.

§§.	Seite.
2.	10.
11. 16.	113. 240.
17.	281.
58. 64.	10.
85. 86. 94. 96.	313.
113.	281.
155.	196.
213.	281.
244.	282.
254.	313.
259.	282.
273 a.	282.
279.	250.
300.	33. 270.
306.	313.
317. 328.	102.
319. 320. 325.	139.
373.	5. 10. 33. 53. 100. 183. 185. 198. 212. 261. 270. 273. 281. 282. 313.
375.	73. 140. 211. 213.
386.	68.
393.	273. 282.
398.	68.
412.	307. 359.
427.	188.
430.	49.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 1.

1.

Unter dem Vermächtniß der Fahrnisse sind nicht nothwendig die Baarschaft und die ausstehenden Forderungen des Erblassers mit inbegriffen, sondern diese sind dann als von jenem Vermächtniß ausgenommen anzusehen, wenn dies der erkennbare Wille des Erblassers ist.

L.R.S. 535 Abs. 1, 1100 d. b.

In Sachen

des Joseph Melder und Genossen, sämmtlich von Endingen, Kläger, Appellaten, Oberappellaten

gegen

Wilhelm Schott und dessen Ehefrau, Josepha geb. Melder von da, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Erbvermächtniß betreffend,

war von dem großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Civilkammer, am 4. November 1867, No. 3580, erkannt worden:

„das Testament vom 9. August 1861 sei dahin auszulegen, daß den Beklagten unter Ziff. 2 blos die körperlichen Fahrnisse mit Ausnahme der Baarschaft zugewendet, den Klägern aber die Baarschaft und sämmtliche Forderungen als Erbvermächtnisse zuzutheilen seien. Hiernach sei der Nachlaß des Ambros Melder mit Ausnahme der körperlichen Fahrnisse und des vorhandenen Stücks Reben den Klägern zuzuerkennen, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten dieses Rechtsstreites."

Gegen das bestätigende Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 28. Februar 1868 ergriffen die Beklagten die Oberappellation; von großh. Oberhofgerichte wurden aber am 7. Dezember 1868, die Urtheile der beiden vordern Instanzen unter Verfällung der Beklagten in die Kosten des dritten Rechtszuges bestätigt.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagten erscheinen durch die Urtheile der vordern Instanzen nicht als beschwert.

Die L.R.S.S. 533–536 beschäftigen sich zwar mit der Aufstellung der grammatikalischen Bedeutung der dort aufgeführten, in den Verfügungen der Staatsbürger häufig angewendeten Ausdrücke, allein sie geben sich nicht als gebietende oder verbietende Gesetzesbestimmungen kund, und es ist daher anzunehmen, daß die deßfallsigen Vorschriften überhaupt nur dann zur Anwendung kommen können, wenn der Act, in welchem die betreffenden Ausdrücke gebraucht sind, nicht eine andere Absicht derjenigen, welche sich ihrer bedient haben, erkennen lassen. Es kann deßhalb diesen gesetzlichen Bestimmungen nur die Kraft einer Vermuthung des etwaigen Willens der Parteien beigelegt werden, welche jedoch der wirklich erkannten Absicht derselben bei dem Gebrauch jener Worte weichen muß. Es ist daher Pflicht der Gerichte, in jedem einzelnen Falle, wo es sich um die Auslegung derartiger Ausdrücke in Verträgen, oder einseitigen Willenserklärungen handelt, den Sinn zu ermitteln, in welchem diese Worte nach der Absicht derjenigen, welche sich derselben bedient haben, gebraucht werden wollten, und als solche Erforschungsmittel dienen nicht nur der allgemein übliche Sprachgebrauch, d. h. also die Anwendung derjenigen Bedeutung, welche in einem Lande oder Landestheile allgemein derartigen Ausdrücken von den dieselben bewohnenden Privatpersonen, welche sich ihrer bei ihren Rechtsgeschäften bedienen, beigelegt wird, sondern vorzugsweise die Urkunden selbst, in welchen sie gebraucht sind, und insbesondere die Vergleichung der Gesammtheit der verschiedenen darin getroffenen Bestimmungen; und insoferne sich auf diesem Wege ergibt, daß es die Absicht des Verfügenden war, einem solchen Worte einen andern, als den gesetzlich

Digitized by Google

unterstellten Sinn beizulegen, haben die Gerichte jenen den Vorzug zu geben.

Demolombe éd. belg. t. V. p. 114 nro. 441. 442, p. 117 nro. 449.
Marcadé ad art. 533 – 536 nro. I.
Aubry et Rau t. I. §. 164 p. 20. 21.
Zachariä §. 170 Note 47, §. 711 Note 7.
Gilbert cod. ann. ad. art. 533—536 not. 6—9.

Diese Grundsätze sind aber um so mehr auf den vorliegenden Fall anzuwenden, als unsere Gerichte durch die L.R.S.S. 1100 d.b.—d.d. verglichen mit 1156 und ff. bei der Auslegung letzter Willensverordnungen vorzugsweise auf die Erforschung der Absicht des Testators angewiesen sind, wobei sie vor Allem auf den Inhalt der Willensurkunde selbst Rücksicht zu nehmen haben, außerhalb derselben liegende Umstände aber nur insoferne berücksichtigen dürfen, als sie geeignet sind, eine letztwillige Verfügung zu beschränken, nicht aber sie auszudehnen.

Brauer, Erl. Bd. II. S. 439 zu L.R.S. 1100. d. e.

Im vorliegenden Falle erscheint es aber bei Anwendung dieser Grundsätze als zweifellos, daß es die Absicht des Ambros Melder nicht war, den Wilhelm Schott'schen Eheleuten in Ziff. 2 seines Testamentes sein gesammtes bewegliches Besitzthum, einschließlich des baaren Geldes und der ausstehenden Forderungen zu vermachen.

Es darf wohl als feststehend betrachtet werden, daß in unserm Lande nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter dem Ausdruck „Fahrnisse" nicht alles das begriffen wird, was nach der Bestimmung des Gesetzes in den L.R.S.S. 527 und ff. als bewegliche Sache aufgeführt ist, daß man namentlich unter diesem Ausdrucke das baare Geld und die Activforderungen nicht zu verstehen pflegt, sondern nur dasjenige, was ausschließlich dieser Gegenstände zu dem beweglichen Vermögen einer Person gerechnet wird; es muß daher auch angenommen werden, daß der Testator, ein gesetzesunkundiger Landmann, unter jenem Ausdrucke etwas Anderes nicht verstanden hat, und es erscheint darum auch der Beisatz: „ohne Ausnahme" für die Auslegung als unerheblich, weil damit nur gesagt ist, daß die vom Testator als Fahrnisse verstandenen Sachen ausnahmslos als vermacht gelten sollen.

Nach dem Testamente selbst und seinen einzelnen Bestimmungen kann aber auch ein Zweifel über die Absicht des Testators bei dem Gebrauche des Ausdrucks „Fahrnisse" nicht bestehen. Nachdem er nämlich unter Ziff. 2 die Fahrnisse, und unter Ziff 3 die ihm angehörenden 4 Mannshauet Reben den Beklagten vermacht hat, verfügt er unter Ziff. 4 über sein weiteres „Verlassenthum" zu Gunsten der Kläger, und ordnet, und zwar nach den Regeln der Intestaterbfolge, die Art und Weise an, wie dasselbe unter seine gesetzlichen Erben vertheilt werden soll.

Hieraus ergibt sich wohl mit Sicherheit, daß der Testator als gewiß annahm, daß er außer den unter Ziff. 1—3 ausgeworfenen Vermächtnissen noch weiteres Vermögen hinterlassen werde, und daß es sein ernstlicher Wille war, dieses Vermögen seinen Geschwistern, beziehungsweise deren Abkömmlingen zuzuwenden.

Nun besaß aber der Testator anerkanntermaaßen an Liegenschaften allein nur das unter Ziff. 3 den Beklagten vermachte Stück Reben, und außerdem unbedeutendes Hausgeräthe, und an baarem Gelde und ausstehenden Forderungen etwas über 2000 fl.; daß er aber zur Zeit der Testamentserrichtung etwa noch weiteres liegenschaftliches Vermögen besessen hätte, auf welches die Ziff. 4 des letzten Willens bezogen werden könnte, ist von den Beklagten nicht behauptet.

Da nun der Testator unter Ziff. 3 schon über sein gesammtes liegenschaftliches Vermögen verfügt hatte, er aber neben den Legaten unter Ziff. 1 und 2, unter Ziff. 4 noch über weiteres Vermögen disponirte, so kann er hierunter nur bewegliches Vermögen verstanden haben, und es führt dies nothwendig zu der Schlußfolgerung, daß er unter dem in Ziff. 2 erwähnten Legate nur diejenigen Fahrnisse gemeint hat, welche gemeinüblich als solche bezeichnet werden, daß dagegen das baare Geld und die Forderungen unter der Disposition unter Ziff. 4 begriffen sein sollen.

Die Auslegung der Beklagten, nach welcher ihnen unter Ziff. 2 des letzten Willens das gesammte bewegliche Eigenthum des Ambros Melder vermacht sein soll, kann auch aus weiteren, dem Testamente entnommenen Gründen die richterliche Billigung nicht finden.

Nach dieser Auslegung würden nämlich die Beklagten den ganzen Nachlaß des Ambros Melder erhalten, sie wären damit Erbnehmer desselben; für die Kläger aber würde nichts erübrigen. Man muß aber annehmen, daß dies die Absicht des Testators, der nicht so reich mit weltlichen Gütern bedacht war, daß er den ganzen Stand seines Vermögens nicht genau hätte übersehen können,

Digitized by Google

nicht gewesen ist. Denn wenn er dies gewollt hätte, so würde er sicher die Beklagten einfach zu seinen Universalsuccessoren eingesetzt, die Bestimmung unter Ziff. 4 aber gar nicht getroffen haben, oder es würde diese Bestimmung als eine leere Redensart, ja wie ein wahrer Hohn gegenüber den Geschwistern und Geschwisterkindern des Erblassers erscheinen, was aber als die Absicht des Testators sicher nicht unterstellt werden darf.

Der Testator hat ferner in Ziff. 2 seines letzten Willens nicht die Absicht an den Tag gelegt, durch das dort ausgeworfene Fahrnißlegat die Legatare mit einer Freigebigkeit zu bedenken, er hat vielmehr dieses Legat mit einer Auflage belastet; dagegen hat er unter Ziff. 3 seinen Willen, den Legataren aus Dankbarkeit mit den vermachten Reben eine Schenkung zuzuwenden, bestimmt ausgesprochen. Wenn es nun wirklich seine Absicht gewesen wäre, unter Ziff. 2 den Legataren ebenfalls eine Schenkung zuzuwenden, ihnen nämlich auch sein baares Geld und seine Forderungen und damit den verhältnißmäßig bedeutendsten Theil seines Nachlasses zu vermachen, so würde er diese seine Absicht gewiß schon bei dieser letzten Willensbestimmung deutlich zu erkennen gegeben haben.

Daraus aber, daß er nicht bei dem ersten, sondern erst bei dem zweiten den Beklagten zugewendeten Legat seine Absicht an den Tag gelegt hat, die Beklagten mit einer Freigebigkeit zu bedenken, ergibt sich, daß jenes Fahrnißlegat lediglich nur eine Entgeltung für die damit verbundene Auflage sein sollte, und hierzu war auch der nur geringe Fahrnißnachlaß gerade genügend.

Der Erblasser hat sodann die unter Ziff. 2 und 3 ausgeworfenen Legate den Beklagten zum Voraus vermacht. Dies hätte aber gar keinen Sinn, wenn man annehmen wollte, es sei seine Absicht gewesen, unter Ziff. 2 ihnen auch das baare Geld und die ausstehenden Forderungen, damit aber in Verbindung mit der Verfügung unter Ziff. 3 seinen *gesammten* Nachlaß zuzuwenden. Dagegen behalten diese Vorausvermächtnisse alsdann ihre Bedeutung, wenn angenommen wird, der Erblasser habe den Beklagten unter Ziff. 2 nicht sein gesammtes bewegliches Eigenthum, sondern nur die eigentlich sogenannten Fahrnisse mit Ausschluß des baaren Geldes und der Activforderungen vermachen, diese letztern Gegenstände aber der Verfügung unter Ziff. 4 vorbehalten wollen. Denn in dieser letztern hat der Testator bezüglich seines übrigen Nachlasses lediglich die gesetzliche Erbfolge aufrecht erhalten, er hat denjenigen Theil seines Nachlasses, über welchen er nicht in den vorausgegangenen Dispositionen verfügt hatte, seinen gesetzlichen Erben nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung hinterlassen; zu diesen gesetzlichen Erben gehörte aber auch die beklagte Ehefrau für den Fall, daß ihr Vater Joseph Melder, der Bruder des Testators, diesen Letztern nicht überlebt haben würde, und für diesen Fall hatten die Vorausvermächtnisse ihre volle Geltung.

Endlich hätte nach der Auslegung, welche die Beklagten dem letzten Willen zu geben versuchen, die Strafclausel unter Ziff. 5 keinen Sinn. Die Beklagten, welche darnach den ganzen Nachlaß des Ambros Melder erhalten würden, hätten natürlich keinen Anlaß gehabt, mit dem Testamente nicht zufrieden zu sein, und gerichtlich dagegen aufzutreten; auf sie ließe sich daher jene Clausel nicht beziehen, und doch soll nach dem Willen des Testators diese Clausel gegen den einen und den andern Erben Geltung haben; gegenüber den Klägern aber, welche nach der Auslegung der Beklagten gar nichts von dem Nachlaß erhalten sollten, wäre sie ganz wirkungslos, weil sie hiernach unter keinen Umständen, ob sie das Testament anfechten oder nicht, etwas von dem Nachlaß bekommen würden.

Hiernach erscheint die Auslegung, welche die vordern Instanzen dem letzten Willen des Ambros Melder gegeben haben, als vollkommen gerechtfertigt, es mußten daher die Urtheile derselben bestätigt, und die Beklagten nach §. 170 der Pr.O. auch in die Kosten des dritten Rechtszuges verurtheilt werden. Red.

2.

Amtsverbrechen.

1) Das mit Mißbrauch des Amtes verübte, gemeine Verbrechen hat in allen und nicht blos in den mit Dienstentlassung bedrohten Fällen des §. 703 den Character eines Amtsverbrechens.

2) Bei den Amtsverbrechen durch Verübung gemeiner Verbrechen ist mit Ausnahme von Ehrenkränkungen durch niedere Diener im Dienste, nie die Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts, sondern nur jene der Strafkammer oder des Schwurgerichts begründet.

Von befreundeter Hand kam mir die nachstehende sehr dankenswerthe Notiz zu:

Digitized by Google

Ein Verweisungserkenntniß der Raths- und Anklagekammer Offenburg vom 18. März 1868, No. 449, in Anklagesachen gegen Unterlehrer Julius Metzger von Oensbach (Amtsgerichts Achern) wegen Körperverletzung mit Dienstmißbrauch ging von derselben Ansicht aus, welche folgendes Votum in dieser Untersuchungssache ausführte:

— „Unterlehrer M. ist des mit Dienstmißbrauch verübten gemeinen Verbrechens der Körperverletzung, also eines Amtsverbrechens im Sinne des Tit. XLIX. §. 703 des Str.G. angeschuldigt.

Nach allegirter Gesetzesstelle wird ein solches Amtsverbrechen des §. 703 mit der Strafe des dabei verübten gemeinen Verbrechens bedroht; zu der Strafe kommt (jedoch nur) in denjenigen Fällen noch die weitere Strafe der Dienstentlassung, in welchen für das gemeine Verbrechen eine höhere Strafe als 3 Monate Kreisgefängniß verschuldet ist.

Eine solche 3 Monate Kreisgefängniß übersteigende Strafe ist nun allerdings in vorliegendem Falle gar nicht in Frage, weil es sich um eine nur ein Paar (3) Tage andauernde Arbeitsunfähigkeit, also von einer Körperverletzung handelt, welche abgesehen vom Amtsmißbrauch der Aburtheilung des Amtsgerichts zukäme.

Wenn nun in solchen Fällen der geringern Strafbarkeit Ammann zu §. 27 der Gerichtsverfassung (S. 29 Ziff. 115) den Zweifel aufwirft, ob sie „wohl" nicht zur Aburtheilung an das Amtsgericht zu verweisen seien, und wenn Puchelt in Note 9 zu §. 703 des Str.G. (S. 1067) die von Ammann als Zweifel aufgeworfene Frage unbedenklich dahin beantwortet, es finde die amtgerichtliche Gerichtszuständigkeit Anwendung, und wenn die großh. Staatsbehörde Offenburg sich zu dieser Ansicht hinzuneigen scheint, so kann ich jedoch aus folgenden Gründen nicht gleicher Ansicht sein:

1) Beilage I. zur Gerichtsverfassung führt gar kein Amtsverbrechen auf. Ein solches liegt aber immerhin vor, wenn ein öffentlicher Diener sein Amt zur Verübung eines gemeinen Verbrechens mißbraucht, mag auch nur eine bürgerliche Gefängnißstrafe von wenigen Tagen in Frage stehen. Das Verbrechen fällt sonach, und weil es auch nicht zu den Verbrechen von No. 43 der Beilage II. zur Gerichtsverfassung gehört, unter Ziff. 1 des §. 26 der Gerichtsverfassung, also unter die Strafgerichtsbarkeit der Kreisgerichte.

2) Eine andere Interpretation des §. 703 des Str.G. wie sie dem Ammann'schen Zweifel und der Puchelt'schen Ansicht zu Grunde liegt, würde auch zu dem Widerspruch führen, daß dann, wenn Lehrer M. nicht so weit gegangen wäre, als geschehen ist, sondern nur eine Ehrenkränkung der mindest strafbaren Art verübt hätte, er dann unbedenklich vor die Strafkammer des Kreisgerichts verwiesen werden müßte, da er ja zu den Dienern des §. 657 (nicht des §. 658) des Str.G. gehört, also die Zuständigkeit des Kreisgerichts gar nicht in Zweifel gezogen werden könnte, hingesehen auf No. 6 der Beilage I. zur Gerichtsverfassung verglichen mit §. 26. 1. des Gesetzes und mit §. 298 des Str.G. Warum sollte es darum weniger begreiflich sein, daß im vorliegenden Falle (in welchem jedenfalls die Körperverletzung des Kindes schwerer ist, als eine leichte Ehrenkränkung) nicht auch das Kreisgericht zur Aburtheilung zu berufen sein?"

Wie ich natürlich stets bereit bin, mich eines Besseren belehren zu lassen, so trete ich obiger Ausführung bei, und ändere die in Abs. 1 und 2 Bem. 9 zu §. 703 des Str.G.B. ausgesprochene Ansicht so ab, wie oben gesagt ist.

Bei dieser Gelegenheit will ich auch im Hinblicke auf die oberhofgerichtliche Entscheidung in Ann. 34 S. 287 die an jener Stelle meiner Erläuterungen zum Str.G.B. ausgesprochene Ansicht berichtigen, als ob bei einem Vergehen der fraglichen Art der Character als Amtsverbrechen stets nur dann in Betracht komme, wenn eine höhere bürgerliche Strafe, als Kreisgefängniß von drei Monaten erkannt sei. Aus dem von mir dort als Beleg angeführten Commissionsbericht von Sander (Bem. 1 zu §. 703) folgt dies nämlich nicht, da dort vielmehr die allgemeine Concurrenz des Amtsmißbrauches mit dem gemeinen Verbrechen betont und nur bezüglich des Eintretens der Dienststrafe, d. i. der Dienstentlassung die Höhe der erkannten Strafe für maaßgebend erklärt ist. Die weiter angeführte Entscheidung des Oberhofgerichts in Magazin V. S. 154. 155 verwarf zwar eine staatsanwaltschaftliche Beschwerde gegen Verweisung eines, dem obigen gleichen Falles an das Amtsgericht; allein die Begründung ist dort so unklar mitgetheilt, daß ich auf dies Präjudiz weiter keinen Werth lege. Entscheidend ist mir vielmehr die Betrachtung, daß an und für sich unzweifelhaft die ideale Concurrenz von Amtsmißbrauch und gemeinem Verbrechen vorliegt, und unser §. 703 nach der richtigen Auslegung seiner etwas künstlichen Fassung zuerst den allgemeinen Satz enthält, daß die fraglichen Vergehen als Amtsverbrechen gelten, und nur

Digitized by Google

hinsichtlich der Dienststrafe eine Beschränkung auf die Fälle einer erkannten, mehr als dreimonatlichen bürgerlichen Strafe enthält. Ebenso Häberlin, Grundsätze IV. S. 360. Es wird dies dadurch einleuchtend und erheblich, daß wenn auch letzterer Fall nicht vorliegt, der Mißbrauch des Amtes stets für das gemeine Verbrechen den allgemeinen Straferhöhungsgrund des §. 151 Ziff. 1 des Str.G.B. bildet und vom Gesetze öfters z. B. §§. 298. 385 Ziff. 10, 404 Ziff. 2 als Grund höherer Strafdrohung behandelt ist. Daraus folgt denn auch die in der oben allegirten oberhofgerichtlichen Entscheidung angenommene Nothwendigkeit der Bezeichnung im Urtheile als Amtsverbrechen, wofür ferner der dort hervorgehobene Umstand spricht, daß nach §. 183 Ziff. 9 für alle Amtsverbrechen aus Eigennutz, also auch für jene des §. 703, Rückfallsstrafe eintritt. Endlich ist zu erwähnen, daß nach meiner eigenen Annahme Bem. 8 S. 13 und Bem. 3 S. 1065 meiner Erläuterungen zum Strafgesetzbuch die Regierungsermächtigung zur strafgerichtlichen Verfolgung des öffentlichen Dieners in allen, nicht blos in den mit Dienstentlassung bedrohten Fällen des §. 703 erforderlich ist. Dr. Puchelt.

3.

Die Strafkammer begeht dadurch, daß sie die in der Voruntersuchung gemachten, aber in der Hauptverhandlung aus einem gesetzlich gebilligten Grunde verlesenen Angaben von Angeklagten oder Zeugen bei der Urtheilsfällung berücksichtigt, keine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens.

Ein wesentliches Merkmal des Thatbestands des in §. 566 ff. des Str.G.B. bedrohten Verbrechens der vorsätzlichen oder fahrlässigen Eisenbahnbeschädigung besteht in der Gemeingefährlichkeit der die Beschädigung verursachenden Handlung.

Zu den durch diese Handlung gefährdeten Personen gehören nicht blos die im Zug mitfahrenden Passagiere, sondern auch Eisenbahnbedienstete oder Arbeiter und in der Nähe stehende oder gehende Personen.

Zum Thatbestand einer nach §. 101 des Str.G.B. strafbaren Fahrlässigkeit gehört nicht, daß die beschädigende Handlung eine unberechtigte sei, sondern genügt die Vornahme einer an sich berechtigten Handlung trotz der Voraussicht der Möglichkeit der beschädigenden Wirkung derselben.

J. A.S.

gegen

Valentin Schmitt von Mannheim,

wegen fahrlässiger Eisenbahnbeschädigung,

wurde auf gepflogene Verhandlung von großh. Oberhofgericht am 28. November 1868 zu Recht erkannt:

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Strafkammer, vom 22. September d. J., Nr. 2689 sei, unter Verfällung des Angeklagten in die Kosten, als unbegründet zu verwerfen.

Entscheidungsgründe:

Der Angeklagte Valentin Schmitt von hier, welcher durch Urtheil der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 22. September l. J. der fahrlässigen, mit eingetretener Körperverletzung verbundenen, Eisenbahnbeschädigung schuldig erklärt und zu vier Monaten Kreisgefängniß verurtheilt wurde, hat gegen dieses Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeführt und als Beschwerdegründe geltend gemacht, das urtheilende Gericht habe bei der Urtheilsfällung

1) die Vorschriften des Verfahrens dadurch wesentlich verletzt, daß es hinsichtlich der Beweisfrage, ob der Angeschuldigte die Kiste mit den Amorces auf die Eisenbahn verbringen ließ, dem Geiste des mündlichen Verfahrens zuwider — Aussagen, welche in der Voruntersuchung gemacht wurden, seinem Urtheil zu Grunde gelegt, und
2) sowohl den §. 569 als auch den §. 101 des Str.G.B. unrichtig ausgelegt und unrichtig auf die in seinen Entscheidungsgründen als wahr angenommenen Thatsachen angewendet.

Diese Beschwerde erscheint zwar nach Ansicht des §. 373 Ziff. 3 und 7 als zulässig, aber nicht als begründet.

Was den ersten Beschwerdepunkt betrifft, so kann zwar nicht bestritten werden, daß sowohl nach dem Wortlaute als auch nach dem Geiste der über das mündliche Verfahren bestehenden gesetzlichen Vorschriften die Beweise

Digitized by Google

für den Thatbestand des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bildet und für die Schuld des Angeklagten — so weit immer thunlich — von dem urtheilenden Richter zu erheben sind. Eine Abweichung von dieser Regel ist aber bei Urkunden geboten, da sie nur durch Ablesen zur Kenntniß des Richters gebracht werden können.

Die §§. 217. 218 und 240 der Str.P.O. gestatten daher auch, daß einzelne Aktenstücke vollständig oder in einzelnen Stellen vorgelesen werden dürfen und machen nur eine Ausnahme bezüglich der in der Voruntersuchung gemachten Aussagen solcher Zeugen, welche das Zeugniß ablehnen können und in der Hauptverhandlung von diesem Rechte Gebrauch machen.

Daß die Strafkammer diese Vorschrift verletzt habe, wurde von dem Beschwerdeführer nicht behauptet.

Zu den Aktenstücken, welche sich zum Vorlesen in der Hauptverhandlung eignen, gehören nicht nur Kundschaftszeugnisse, Protocolle über Vornahme von Augenscheinen und Haussuchungen oder über die Aussagen solcher Personen, welche in der Hauptverhandlung nicht erschienen sind, sondern unter Umständen auch die in der Voruntersuchung gemachten Angaben der in der Hauptverhandlung anwesenden Angeklagten und Zeugen. Weichen diese bei ihrer mündlichen Einvernahme von ihren früheren Aussagen ab, so ist es Pflicht des Richters, die Lösung der vorhandenen Widersprüche zu versuchen, zu diesem Behuf ihnen die geeigneten Vorhalte zu machen und erforderlichen Falles die früheren Angaben vorzulesen.

Str.Pr.O. §§. 122. 188. 230.

Lassen sich die Widersprüche nicht beseitigen, so hat der Richter, welcher bei der Urtheilsfällung kein von ihm erhobenes Beweismittel, somit auch nicht die in der Hauptverhandlung verlesenen Aktenstücke unberücksichtigt lassen darf,

Str.P.O. §. 6 Abs. 2. 242.

diejenigen Angaben der Angeklagten und Zeugen seinem Urtheile zu Grunde zu legen, welche ihm nach der Zeit und den Umständen, unter denen sie gemacht wurden, und im Hinblick auf die übrigen Ergebnisse der Verhandlung als die glaubwürdigsten erscheinen.

In dem Umstande, daß die Strafkammer die in der Voruntersuchung gemachten aber in der Hauptverhandlung verlesenen Angaben des Angeklagten Schmitt und der Zeugin Elise Orth bei der Urtheilsfällung berücksichtigt hat, kann daher eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens nicht gefunden werden und ebensowenig hinsichtlich der Berücksichtigung der Aussage des seit seiner Vernehmung in der Voruntersuchung verstorbenen August Herdegen, deren Vorlesen von der großh. Staatsanwaltschaft bei der Bezeichnung der Beweismittel beantragt und durch Beschluß der Raths- und Anklagekammer vom 26. Mai l. J. verfügt worden ist.

Str.P.O. §§. 207. 217.

Das Characteristische der in den §§. 566 ff. des Str.G.B. erwähnten Verbrechen der vorsätzlichen und fahrlässigen Eisenbahnbeschädigung besteht, ähnlich wie bei der Brandstiftung, der verursachten Ueberschwemmung, der Vergiftung von Brunnen ꝛc. in der Gemeingefährlichkeit der Handlung, durch welche sie verursacht werden, nämlich in der durch jene Handlung hervorgerufenen, im Voraus gar nicht zu berechnenden gemeinen Gefahr für die Gesundheit oder das Leben Anderer.

Eine solche gemeine Gefahr ist schon dann vorhanden, wenn die Möglichkeit nahe liegt, daß eine unbestimmte Anzahl von Menschen an der Gesundheit oder am Leben beschädigt werden kann.

Bei der Beurtheilung des Thatbestandes dieser Verbrechen kommt daher in erster Reihe die vom Thäter herbeigeführte gemeine Gefahr für Gesundheit und Leben und dann erst der eingetretene Erfolg, nämlich der an der Eisenbahn verursachte Schaden und — wenn es sich um eine fahrlässige Eisenbahnbeschädigung handelt — die erfolgte Verletzung von Menschen in Betracht.

Zu den Personen, welche bei den in Frage stehenden Verbrechen jener Gefahr ausgesetzt sind, gehören nicht nur die Passagiere, welche die Eisenbahn für sich als Transportmittel benützen, sondern auch die Eisenbahnbediensteten, welche den Zug zu begleiten haben, einschließlich der, mit dem Ein- und Ausladen und der Beaufsichtigung der mit dem Zuge beförderten Waaren betrauten, Arbeiter und ferner diejenigen Personen, welche sich in der Nähe den Zuges befinden, wie z. B, die Reisenden, welche den Zug bereits verlassen haben, aber sich noch in dessen Nähe aufhalten, oder welche im Begriffe sind, in denselben einzusteigen.

Hiernach kann es keinen Unterschied machen, ob die Beschädigung an einem zur Beförderung von Personen oder an einem ausschließlich zum Transport von Waaren bestimmten Eisenbahnzug eintritt, denn es ist nicht einzusehen, warum das Zugspersonal für seine Gesund-

Digitized by Google

heit und sein Leben den Schutz des Gesetzes weniger soll in Anspruch nehmen können, als die Eisenbahn-Reisenden.

Die gemeingefährliche Handlung, die der Angeklagte sich zu Schulden kommen ließ, bestund nach der in den Entscheidungsgründen der Strafkammer enthaltenen Feststellung darin, daß er die mit sogenannten Amorces angefüllte Kiste zur Beförderung nach Frankfurt dahier auf die Eisenbahn verbringen ließ, deren Inhalt sich, selbst ohne mechanische Einwirkung, leicht entzünden und dadurch eine unberechenbare Zerstörung der Eisenbahn insbesondere der Transportwagen verursachen und damit zugleich auch eine größere Anzahl von Menschen am Leben oder an der Gesundheit beschädigen konnte.

Da es außer aller menschlichen Berechnung lag, wann und wo die Explosion stattfinden würde, schwebten alle Personen in Gefahr, ihr Leben zu verlieren oder körperlich verletzt werden, welche mit dem Zuge, in welchem die Kiste verladen worden war, von hier aus abfuhren oder unterwegs zwischen hier und Heppenheim in denselben eingestiegen sind.

Ob in dem Augenblick der Explosion, deren Eintritt zu berechnen der Angeklagte außer Stande war, viel oder wenig Personen, insbesondere außer den Güterarbeitern, welche verletzt wurden, auch noch andere Eisenbahnbedienstete oder Passagiere auf dem Zuge waren, oder ob neben dem Güterwagen auch Personenwagen zertrümmert worden sind, ist für die Beurtheilung des Thatbestandes unerheblich.

Zu dem Thatbestande des in dem angefochtenen Urtheile bezeichneten Verbrechens genügte schon, daß die dem Angeklagten zur Last fallende Handlung eine gemeingefährliche war, und daß durch dieselbe, wie durch die Entscheidungsgründe festgestellt ist, eine Beschädigung des Eisenbahnmaterials und eine körperliche Verletzung von Menschen verursacht worden ist.

Indem die Strafkammer beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen den Angeklagten des bezeichneten Verbrechens schuldig erklärte, hat sie den §. 569 des StrG.B. richtig ausgelegt und richtig auf die von ihr als wahr angenommenen Thatsachen angewendet.

Der von dem Anwalte des Angeklagten in Beziehung auf den §. 101 des Str.G.B. aufgestellte Satz, daß die der Fahrlässigkeit zu Grunde liegende Handlung unter allen Umständen eine unberechtigte sein müsse, ist ebenso unrichtig, als die damit in Verbindung gebrachte Ausführung, daß der Angeklagte sich keine unberechtigte Handlung habe zu Schulden kommen lassen.

Es kann eine Fahrlässigkeit durch eine an sich vollberechtigte Handlung begangen und letztere nur insoferne als eine unberechtigte bezeichnet werden, als durch dieselbe eine Rechtsverletzung bewirkt worden ist, welche von dem Thäter zwar nicht beabsichtigt war, aber doch bei gehöriger Aufmerksamkeit leicht hatte vorausgesehen und durch Unterlassung der Handlung vermieden werden können.

Das Unrechte liegt aber dann nicht in der Handlung selbst, sondern in der Vernachlässigung der von einem Jeden bei seinen Handlungen zu verlangenden Aufmerksamkeit und Ueberlegung.

Tritt die Rechtsverletzung nicht ein, so bleibt die Handlung nach wie vor eine berechtigte.

Die Zündplättchen, welche sich in der Kiste befanden, bestunden nach dem Gutachten der Sachverständigen zwar aus chlorsaurem Kali und Phosphor; diese Gegenstände wurden aber von dem Angeklagten nicht gesondert als Einzelstoffe, wie das Transportreglement für die Eisenbahn vom 29. Dezember 1862 §. 3 Ziff. 2 (Reggsbl. Nr. LXV. S. 607) unterstellt, sondern gemischt versendet; aber gerade durch diese Vermischung wurde ein leicht entzündlicher Stoff dargestellt, welcher in seiner Wirkung bei der Explosion jene des Schießpulvers weit übersteigt, und daher zu denjenigen Gegenständen zu zählen ist, welche nach §. 3 Ziffer 1 (6) des Reglements (S. 606) von der Beförderung mit der Eisenbahn ganz ausgeschlossen sind.

Der Angeklagte hätte daher unter allen Umständen die Versendung dieses Stoffes mit der Eisenbahn unterlassen sollen.

Aber auch abgesehen hievon war derselbe nach §. 5 Ziff. 2 des Reglements (S. 609) verpflichtet, den Inhalt der Kiste in dem Frachtbrief genau zu bezeichnen und sich selbst durch Beifügung seines wahren Namens als den Absender darzustellen und dadurch die mit der Empfangnahme der Waarensendungen betrauten Eisenbahnbeamten in die Lage zu versetzen, prüfen zu können, ob die in dem Frachtbriefe benannten Gegenstände überhaupt mit der Eisenbahn befördert werden dürfen und falls sich dieselben nur bedingungsweise zur Annahme eigneten, ob bei der Verpackung die im Reglement (§. 3 II.) vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln angewendet worden sind.

Digitized by Google

Dies hat der Angeklagte nicht gethan; er hat vielmehr, wie nach den Entscheidungsgründen der Strafkammer feststeht, die Kiste der Eisenbahn mit einem Frachtbrief übergeben lassen, welcher die unrichtige Bezeichnung des Inhalts als „Glaswaaren" enthielt und mit einem falschen Namen des Absenders unterzeichnet war.

Wenn endlich der Anwalt des Angeklagten die Anwendbarkeit des §. 101 des Str.G.B. auch noch deßhalb zu bestreiten versuchte, weil die Explosion durch das Umladen der Kiste veranlaßt worden sei und der Angeklagte nicht habe voraussehen können, daß die Kiste unterwegs umgeladen werden würde, so kann dieser Behauptung keine Bedeutung beigelegt werden.

Durch die Entscheidungsgründe ist festgestellt, daß der Angeklagte der Gemeingefährlichkeit seiner Handlung sich bewußt, d. h. daß ihm bekannt war, daß der Inhalt der von ihm abgesendeten Kiste leicht explodiren und dadurch unberechenbaren Schaden anrichten konnte; er war daher auch in der Lage, durch Unterlassen seiner Handlung den Schaden abzuwenden.

Ob die Explosion der Kiste beim Ueberladen durch eine mechanische Einwirkung, wie etwa durch einen Stoß, oder ohne solchen verursacht wurde, ist nicht festgestellt, aber auch unerheblich; denn nach dem Gutachten der Sachverständigen war das eine wie das andere möglich.

Aus diesen Gründen wurde das von dem Angeklagten eingeführte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen und derselbe in Gemäßheit des §. 426 der Str.P.O. zugleich in die Kosten dieses Rechtsmittels verurtheilt. Red.

4.

Kann bei dem Geding des Ausschlusses der Gemeinschaft im Sinne des L.R.S. 1529. 1530. 1535 b der Ehemann die seiner Frau gehörigen Staatspapiere ohne deren Zustimmung veräußern? Ist der Ehemann berechtigt eine Coursdifferenz als Entschädigung zu verlangen, wenn der von ihm und seiner Ehefrau aufgestellte Depositar die Staatspapiere nur auf erhobene Klage ausgefolgt hat, sich aber der Klage mit Zustimmung der Ehefrau widersetzt hat?

Die ersterwähnte vielfach behandelte Streitfrage kam In Sachen des J. Ettlinger gegen K. Seligmann neuerdings bei dem Kreisgericht Karlsruhe zur Entscheidung. Der Rechtsfall schließt sich an den S. 243 No. 107 des letzten Bandes der Annalen mitgetheilten an. Nach Zustellung des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 2. April 1867 hat der Beklagte die Staatspapiere ausgefolgt; nun erhob der Kläger eine Entschädigungsklage, er verlangt die Coursdifferenz nach dem höhern Werth zur Zeit des 8. Januar 1866 — dem Tage der Verzugsetzung, gegenüber dem 20. Mai 1867, dem Tag der Zurückgabe, ferner 5 pCt. Zins aus den am 8. Januar 1866 verfallenen Coupons, und 18 pCt. Differenz für die von 111 pCt. auf 93 pCt. gesunkene Valuta östreichischer Coupons und Metalliques und Anlehensloose. Der Beklagte hielt — abgesehen von anderem hier nicht zu erörternden Vorbringen — der Klage entgegen, daß die nackte Thatsache des Minderwerthes der Papiere eine Entschädigungsforderung nicht begründe, es müsse dazu kommen, daß Kläger die Papiere verkauft hat. Dieses sei in der Klage nicht behauptet, und könne gar nicht behauptet werden, weil Kläger zum Verkauf der Papiere nicht berechtigt war und ist, indem der Nutznießer dieses Recht nicht habe, der Ehemann aber beim Ausschluß der Gemeinschaft nur Nutznießer und nicht berechtigt ist, ohne Einwilligung der Frau ihre beweglichen Güter zu verkaufen; dabei wurde hervorgehoben, daß ein Theil der Papiere, nämlich die Anlehensloose, individualisirt seien. Der Richter erster Instanz theilte diese Rechtsansicht nicht. Man nahm an, daß bei Nichtgemeinschaftsehen der Mann die Verwaltung der beweglichen und unbeweglichen Güter hat, und aus diesem Rechte folgt, daß er verbrauchbare und vertretbare Sachen, also auch Papiere auf Inhaber veräußern darf; ohne dieses Veräußerungsrecht läßt sich eine ersprießliche Verwaltung über Gegenstände, deren Werth schwankend ist, gar nicht denken. Der Ehemann haftet für das Vermögen seiner Frau, es muß ihm also auch die Möglichkeit eines richtigen Betriebes gegeben sein. Das Gesetz hat deßhalb das Recht der Veräußerung bezüglich der verbrauchbaren Sachen in L.R.S. 1532 ausgesprochen, und diese Bestimmung ist auf vertretbare Sachen auszudehnen, um so mehr als der Gesetzgeber bei andern Lehren, vergleiche L.R.S. 1930 a beide Ausdrücke verwechselt.

Zachariä §. 172.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher X. 422.
Jahrbücher für badisches Recht I. 487.

Digitized by Google

Dieſes Veräußerungsrecht gilt insbeſondere auch für ſolche Papiere auf den Inhaber, mit welchen die Ausſicht auf einen Gewinn verbunden iſt; der Ehemann erſcheint nach aufgelöster Ehe keineswegs verpflichtet, eine beſtimmte Nummer herauszugeben; denn die Nummern begründen keinen Werthunterſchied der Papiere, jede Nummer hat die gleiche Ausſicht auf Gewinn. Die Klage kann auch nicht deßhalb zurückgewieſen werden, weil der Kläger die fraglichen Papiere noch nicht veräußert hat; denn der Schaden iſt ohne Veräußerung ſchon dann vorhanden, wenn die Papiere am 8. Januar 1866 — an welchem Tag die Klage auf Herausgabe zugeſtellt wurde, — mehr werth waren, als am 20. Mai 1867, wo ſie ausgefolgt worden ſind. Dieſes folgt aus der Natur der Werthpapiere; aus ihrer Vertretbarkeit, ſie ſind jeden Augenblick nach dem größeren oder geringeren Begehr des Publikums veräußlich, ſie haben einen Markt-, beziehungsweiſe Börſenpreis. Von dieſen Sätzen geleitet, erhob das Untergericht den Beweis der theilweiſe beſtrittenen Courſe, und erkannte ſchließlich nach dem Klagbegehren. Dieſes Urtheil wurde nur bezüglich der unbedeutenden Verluſte an Zins und Valuta beſtätigt, in der Hauptſache aber, nämlich bezüglich der Angeſichts des Krieges von 1866 nicht unerheblichen Coursdifferenz abgeändert, und zwar — ſoweit hierher gehörig — aus folgenden Gründen:

In einer Nichtgemeinſchaftsehe hat zwar die Ehefrau kein Verwaltungsrecht, vielmehr der Ehemann das Recht des Bezugs der Einkünfte und die Verwaltung des beweglichen und unbeweglichen Vermögens der Ehefrau, auch das Recht die Fahrniſſe — vorbehaltlich der Wiedererſtattung derſelben — verzeichnet in Empfang zu nehmen.

Allein da ſie immerhin Eigenthümerin ihres Vermögens bleibt, ſo iſt eben ſo richtig, daß der Ehemann die einzelnen Vermögensſtücke derſelben, insbeſondere deren Fahrniſſe, zu welchen auch die Forderungen gehören, ohne deren Zuſtimmung nicht veräußern darf. (Zachariä Handbuch §. 531 Note 3).

Hat nun auch bei Gegenſtänden, welche wie Staatspapiere und dergleichen ſich in dem täglichen Börſenverkehr befinden und darum einen Courswerth haben, derjenige, welcher eine Entſchädigung wegen verſpäteter Uebergabe derſelben verlangt, nicht nöthig, anzuführen, daß und wann er gerade die Papiere veräußert haben würde, ſo iſt doch die Vorausſetzung eines Schadens für ihn von der rechtlichen Möglichkeit abhängig, daß er dieſe Gegenſtände täglichen Verkehrs zu veräußern berechtigt geweſen ſei. Ohne dieſe rechtliche Möglichkeit einer Veräußerung kann er durch verſpätete Uebergabe der Papiere gar keinen Schaden erleiden, und iſt darum die Frage, ob der, welcher den Schaden einklagt, habe veräußern dürfen, wenn wie hier das Veräußerungsrecht des Mannes zu Gunſten der Ehefrau beſchränkt iſt, nicht eine aus dem Rechte eines Dritten hergeleitete Einrede, ſondern ſie muß behufs der Prüfung der Begründetheit der Klage erörtert werden.

Bei einer Nichtgemeinſchaftsehe aber hat der Ehemann im Ganzen nur die Rechte eines Nutznießers in Bezug auf Benützung und Veräußerung des Vermögens. Er kann die Einkünfte und Zinſen erheben, allein er kann die Forderungen ſelbſt, welche dieſe Zinſen tragen, nicht veräußern, ſondern nur (vergl. L.R.S. 1535 b mit L.R.S. 1549 Abſ. 2) die heimbezahlten Kapitalien in Empfang nehmen und darüber quittiren.

Vrgl. hierüber Zachariä a. a. O. §. 225 Note 1.
Proudhon, usufruit §. 122. 1000. 1029 ff. 1044 ff. 1054.
Demolombe, cours X. No. 321 p. 285/6.
Laukhard, Rechtsfälle VII. S. 286.
Mühlenbruch, Pand. §. 285.
Seuffert, Pand. §. 170.

Seine Verwaltungsrechte als ſolche ſind auf die geordnete Weiterführung der Verwaltung beſchränkt und erſtrecken ſich nicht auf die Veräußerung. Eine Veräußerung iſt nur zuläſſig bei Sachen, die durch den Gebrauch aufgezehrt, d. h. hiedurch verbraucht werden (wie Geld, Getreide, Wein L.R.S. 587); dieſen Sachen ſtehen aber nicht diejenigen gleich, welche durch andere der gleichen Art ebenſogut vertreten werden können. Staatspapiere und Anlehensloose ſind nun zwar vertretbare, nicht aber ſolche Sachen, die durch den Gebrauch zu Grunde gehen. Nur dann, wenn ſie (in Folge des Tilgungsplanes der Schuld oder einer Verloosung) zur Auszahlung kommen, kann der Ehemann den Betrag in Empfang nehmen, nicht aber darf er die Papiere oder Looſe veräußern. Kann er dieſes aber rechtlich ſchon im Allgemeinen nicht, ſo wäre dies hier um ſo weniger zuläſſig geweſen, wo die Ehefrau ſchon bezüglich ſeines — an ſich begründet erfundenen — Verlangens, daß die Papiere ihm von dem Aufbewahrer ausgefolgt werden, ſich — wenn auch hier mit Unrecht — auf die Seite ſeines Gegners geſtellt, dadurch aber jedenfalls weiter zu erkennen ge-

Digitized by Google

geben hat, daß sie mit einer Veräußerung niemals einverstanden wäre.

Ist es nun auch richtig, daß solche Staatspapiere und Anlehensloose einen Gegenstand kaufmännischen Verkehrs bilden, so hat das Gesetz doch in Bezug auf solche die Befugniß des Mannes bei Nichtgemeinschaftsehen nicht über seine Befugnisse bezüglich anderer Forderungen der Ehefrau hinaus erweitert. Es läßt sich deßhalb auch nicht sagen, daß bezüglich solcher Werthpapiere, die ja ihre geordneten Zinsen tragen, welche in gewissen Terminen oder bei der Verloosung zur Auszahlung kommen, eine ersprießliche Verwaltung nur insofern gedacht werden könne, als der Verwalter zu ihrem Umsatz berechtigt sei, und daß daher in dem Verwaltungsrecht die Veräußerungbefugniß liege; ein Satz der in seinen Consequenzen ihm sogar die — gesetzlich nicht vorhandene — Erlaubniß zur Veräußerung aller Arten von Fahrnissen, oder gar der eheweiblichen Liegenschaften geben würde.

Auch die Bestimmungen des dritten Kapitels „von der bewidmeten Ehe“ (L.R.S. 1540 ff., auf welche L.R.S. 1535 b aushilfsweise hinweist), geben dem Mann ein solches Recht nicht.

Bezüglich der Ehesteuer gibt ihm der französische Grundtext des L.R.S. 1549 nur ein Recht der Verwaltung und die nirgends näher begründete badische Uebersetzung, daß er hierüber „verfüge“, will also unterstellbar nichts hievon Abweichendes ausdrücken, während er nach L.R.S 1564 die Ehesteuer im Stück zurückzugeben hat; bezüglich des zugebrachten Gutes aber geben ihm die L.R.S.S. 1574—1581 nirgends ein Veräußerungsrecht.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Dritte, an welchen der Ehemann in Folge der ihm als Besitzer der Werthpapiere gegebenen thatsächlichen Möglichkeit der Veräußerung etwa solche Papiere verkauft hat, gegen die Rückforderung der Ehefrau durch L.R.S. 2279 geschützt ist; denn hierdurch ist der Frau der Entschädigungsanspruch gegen den Ehemann nicht abgeschnitten, da die Veräußerung in Bezug auf sie gleichwohl eine unberechtigte bleibt.

Konnte demnach der Ehemann (Kläger) rechtlich die Papiere seiner Ehefrau nicht verkaufen, so fehlt es seiner Entschädigungsklage bezüglich der Coursdifferenz an der rechtlichen Begründung und war Kläger, wie geschehen, in Abänderung des Urtheils I. Instanz mit diesem Theil seiner Forderung abzuweisen.

Es warf sich die Frage auf, ob K. Seeligmann überhaupt der richtige Beklagte sei, da er — und das war unbestritten — nicht in selbstnütziger Absicht, sondern lediglich um den Ansprüchen der klägerischen Ehefrau gerecht zu werden, die Herausgabe der Papiere verweigerte. Diesen Punkt hielt man in beiden Instanzen durch das oberhofgerichtliche Urtheil vom 2. April 1867 als zu Ungunsten des Beklagten entschieden; in dem Seite 243 genannten Prozesse war K. Seligmann der Beklagte, die Ehefrau des Klägers trat ihm bei; das rechtskräftige Urtheil erklärt ihn als im Unrecht befindlich, spricht somit auch aus, daß er schon am 8. Januar 1866, als er nach Zustellung der Aufforderung das Paket nicht ausfolgte, sich im Unrecht befand; es wurde deßhalb auch nicht für zulässig erachtet, dem Kläger die Einrede eigenen Verschuldens insofern entgegenzuhalten, als er durch den von ihm abgeschlossenen Hinterlegungsvertrag das Verhalten des Beklagten selbst herbeigeführt habe.

Blittersdorff.

5.

Die zum Nachtheil des Dienstherrn verübte Unterschlagung darf nur auf dessen Anzeige gerichtlich verfolgt werden.

Diese Anzeige ist vor Einleitung der Voruntersuchung und nicht erst in der Hauptverhandlung abzugeben, und kann nicht mehr zurückgenommen werden, sobald die Versetzung in Anschuldigungsstand erfolgt ist.

§. 400. 405. 406, vrgl. §. 391 mit §. 394 des Str.G.B.

§. 2 Abs. 2, §. 58. 64 der Str.P.O.

Von großh. Oberhofgerichte wurde durch Urtheil vom 5. Dezember 1868 J. A.S. gegen Agathe Schmieder von Schapbach, wegen Unterschlagung, die von der Angeklagten gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg, Strafkammer, vom 15. Oktbr. d. J., No. 1769, ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde unter Verfällung der Angeklagten in die dadurch veranlaßten Kosten aus folgenden Erwägungen als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß das hier in Frage stehende Vergehen der Unterschlagung zum Nachtheil des Dienstherrn der Angeklagten sowohl nach der allgemei-

Digitized by Google

nen Bestimmung des §. 405, als auch nach der besondern Vorschrift der §. 406. 391 des Str.G.B. ein nur auf Anzeige des Beschädigten gerichtlich zu verfolgendes Vergehen ist. Auch ist es gar nicht bestrittenoch mit Grund zu bestreiten, daß im vorliegenden Fall eine solche Anzeige erfolgte.

Ebenso ist es auch mit Grund nicht zu bestreiten, daß hier keine solche Strafsache vorliegt, in welcher die spätere Zurücknahme der einmal erfolgten Anzeige von Seiten des Beschädigten gesetzlich gestattet ist. Hiezu wäre eine besondere, die Zurücknahme vorbehaltende, gesetzliche Bestimmung erforderlich; eine solche Bestimmung ist aber weder in Bezug auf die Unterschlagung im Allgemeinen, noch in Bezug auf die Unterschlagung zum Nachtheil des Dienstherrn vorhanden, der Vorbehalt des Str.G.B. §. 394 bezieht sich nämlich nur auf die Fälle der §§. 389 und 390, nicht auch auf den §. 391, welcher vom Hausdiebstahl handelt, indem dieses letztere Vergehen (gegen den Vorschlag des Regierungsentwurfes), auf Antrag der Commission der II. Kammer von dem Vorbehalt des §. 394 ausgeschlossen wurde.

Vergleiche Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu dem betr. Titel IX. des Str.G.B. und hiezu den Bericht der Commission der II. Kammer vom Abg. Bohm.

Thilo, Str.G.B. §. 394 Note 1.

Annalen Band 20 S. 102; Bd. 29 S. 353.

Ammann, Str.P.O. §. 2 Note 7 lit. c.

Puchelt, Str.G.B. §. 394 Note 1, wonach Note 4 zu §. 190 zu berichtigen ist.

Nach der bestimmten beschränkenden Erklärung des Vertheidigers der Angeklagten beschwert sich dieselbe jetzt nur darüber, daß der Gerichtshof den von der Vertheidigung behaupteten, aus der Natur der Hauptverhandlung, als des Schwerpunktes des gerichtlichen Verfahrens abzuleitenden Grundsatz, wonach die Zurückziehung der Anzeige des Beschädigten beziehungsweise der Antrag desselben auf Einstellung des Verfahrens stets noch bei der Hauptverhandlung zuzulassen sei, mißkannt und die bezügliche Erklärung des Beschädigten demgemäß nicht berücksichtigt, den hierauf gerichteten Antrag vielmehr zurückgewiesen habe.

Diese Beschwerde erscheint aber nicht begründet, denn der geltend gemachte Grundsatz kann nach den bestehenden Gesetzen keineswegs als richtig anerkannt werden.

Schon nach den klaren Worten des Gesetzes, welches sich dahin ausdrückt, daß die fraglichen Vergehen nur auf Anzeige der Beschädigten u. s. w. untersucht und bestraft werden sollen (Str.G.B. §. 405. 391) setzt die gerichtliche Verfolgung, namentlich auch schon die Untersuchung, die vorgeschriebene Anzeige voraus, ohne solche soll ein Vorschreiten des Untersuchungsrichters im Wesentlichen gar nicht Statt finden. Dieß entspricht auch unverkennbar dem Sinne und der Absicht des Gesetzes und man würde mit dem Grund und Zwecke, worauf die betreffende Vorschrift beruht, in offenbaren Widerspruch gerathen, wenn man annehmen wollte, daß erst die bei der Hauptverhandlung selbst erfolgende Erklärung des Beschädigten, daß er die gerichtliche Verfolgung verlange oder nicht verlange, im Geiste des neuen Verfahrens als die vom Gesetz vorgezeichnete und maaßgebende Anzeige oder Ablehnung der gerichtlichen Einschreitung zu behandeln sei. Aus dem Geiste des jetzigen Verfahrens läßt sich auch der geltend gemachte Satz nicht ableiten, denn wenn gleich die Voruntersuchung, jetzt nur ein vorbereitendes Verfahren, die Wichtigkeit und Bedeutung einer Untersuchung im Sinne der alten Strafgesetzgebung nicht mehr hat, so erscheint sie doch immer noch als ein nicht unwesentlicher Theil der strafgerichtlichen Verfolgung, wie sich aus den bezüglichen Bestimmungen der Str.P.O. §. 65. 66. 67 ff., §. 185 ff. 197. 200 u. s. w. zur Genüge ergibt und besonders gilt dieses in der hier in Frage stehenden Richtung.

Nach Str.P.O. §. 64 kann auch der Staatsanwalt, abgesehen von besonders bestimmten Ausnahmsfällen, seinen Antrag auf Verfolgung nur so lange zurücknehmen, als die Versetzung einer bestimmten Person in den Anschuldigungsstand (§§. 185. 186) noch nicht erfolgt ist. Im vorliegenden Falle fand aber die Versetzung in den Anschuldigungsstand bereits am 28. Juli 1868, deren Eröffnung an die Angeschuldigte am 31. Juli 1868 Statt, von da an konnte jedenfalls eine Zurückziehung des Antrags von Seiten des Beschädigten wirksam nicht mehr Platz greifen und es bedarf nach Obigem hiernach keiner weiteren Erörterung hinsichtlich der, erst nach Erlassung des Verweisungsbeschlusses der großh. Raths- und Anklagekammer angezeigten, Zurückziehung des Antrags des Beschädigten auf gerichtliche Verfolgung.

Wenn sich die Vertheidigung zur Unterstützung ihrer rechtlichen Auffassung auf Oppenhoff, Strafgesetz-

Digitized by Google

buch für die preußischen Staaten zu §. 53 berufen hat, was selbstverständlich nur vergleichungsweise geschehen konnte, so ist hiegegen zu bemerken, daß der § 53 des preußischen Str.G.B. selbst mit der obigen richtigen Anschauung ganz übereinstimmt, und bei Würdigung der erläuternden Note 1 hiezu die Abweichung der verschiedenen Strafprozeßgesetze in Bezug auf die Art der Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung zu beachten ist. Dazu kommt endlich, daß nach §. 58 der Str.P.O. die ausdrückliche Erklärung des Verletzten, ob er die gerichtliche Verfolgung begehre, bei dem Staatsanwalt oder Untersuchungsgericht — also während des Laufes der Voruntersuchung — abzugeben ist." Red.

6.

1) Die eheliche Nutznießung des L.R.S. 745a ist in die nach L.R.S. 1094 und 1098 verschenkbare Quote einzurechnen.
2) L.R.S. 917 findet innerhalb des Gebietes des L.R.S. 1098 stets, innerhalb des Gebietes des L.R.S. 1094 aber nur ausnahmsweise Anwendung.
3) Die Anwendung des L.R.S. 917 ist nicht von dem Nachweise abhängig, daß der Werth der geschenkten Nutznießung den gesetzlich erlaubten Betrag übersteigt.
4) Die Bedingung, welche der Erblasser an das Vermächtniß einer Nutznießung geknüpft hat, geht auf die nach L.R.S. 1098 zu bemessende Quote über. —

In dem Rechtsstreite der Wittwe des Dr. L. gegen Caroline L. und Eduard L., Anerkennung eines Nutznießungsrechtes betreffend, erließ die I. Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe am 27. Mai 1868 folgendes Urtheil:

1) Die Beklagten sind schuldig, anzuerkennen, daß der Klägerin vom 25. Mai 1867 an — die lebenslängliche Nutznießung an dem 4. Theile des ehemännlichen Nachlasses, sowie daß derselben außerdem vom 25. Mai 1867 an bis zur Wiederverehelichung die Nutznießung an einem Kapitale von 10,000 fl. zusteht, und daß die erstere Nutznießung zu $^1/_3$ von Caroline, zu $^2/_3$ von Eduard L., die letztere aber von Eduard L. allein einzuräumen ist.
2) Dem Eduard L. steht das Recht zu, der Klägerin an Stelle der von ihm zu gewährenden Nutznießung ein Viertel des Nachlasses (sammt den seit dem 25. Mai 1867 daraus entfallenen Nutzungen) zu Eigenthum auszufolgen, welches Eigenthum mit der Wiederverehelichung der Klägerin aufhört, und an dessen Stelle von diesem Zeitpunkte an die Nutznießung an dem Viertel des Nachlasses, oder ein dieser entsprechender Rentenbezug tritt.
3) Macht Eduard L. von diesem Rechte Gebrauch, so hat Klägerin auf die nach Ziff. 1 von Caroline L. zu tragende Nutznießung keinen Anspruch.
4) Die Prozeßkosten werden wettgeschlagen.

Die diesem Urtheile beigegebenen, das Thatsächliche darstellenden Entscheidungsgründe lauten:

„Dr. L. war drei Mal verheirathet und hinterließ bei seinem am 25. Mai 1867 erfolgten Tode eine Wittwe, eine Tochter aus der ersten und einen Sohn aus der zweiten Ehe. Die dritte Ehe war kinderlos. In dem am 8. Juni 1863 zwischen L und seiner nunmehrigen Wittwe abgeschlossenen Ehevertrage ist neben der Bestimmung, daß jeder Ehetheil 50 fl. in die Gemeinschaft werfen solle, in Art. 4 festgesetzt worden: „Der Bräutigam verschreibt der Braut für den Fall, daß dieselbe der längst lebende Ehetheil sein sollte, es mögen Kinder aus dieser neu einzugehenden Ehe vorhanden sein, oder nicht, und unbeschadet ihrer elterlichen und ehelichen Nutznießungsrechte, die lebenslängliche unentgeldliche Nutznießung im Stück aus einem Kapitale von 10,000 fl., jedoch nur für die Zeit, in welcher sie im Wittwenstande verbleibt; heirathet sie also wieder, so verliert sie die Nutznießung an fraglichen 10,000 fl." —

Ein von L. hinterlassener letzter Wille vom 12. März 1864 bestimmt: „Meine Tochter Caroline setze ich hiemit auf den Pflichttheil, den dadurch sich ergebenden Freitheil vermache ich meinem Sohne Eduard als Geschenk, einwurfsfrei und zum Voraus."

Diese Thatsachen sind unbestritten.

Ueber die Verlassenschaft wurde eine Theilungsverhandlung gepflogen und zum Abschlusse gebracht. Die Wittwe entschlug sich der Gemeinschaft; die Frage, ob

Digitized by Google

die Tochter schuldig sei, einen angeblichen Vorempfang von 5000 fl. einzuwerfen, sowie die Frage, welche Nutznießungsrechte der Wittwe nach Maaßgabe des Ehevertrages zustehen, wurde gerichtlichem Austrage vorbehalten.

In der nunmehr von der Wittwe gegen die beiden Kinder erhobenen Klage stellte erstere das Begehren, es solle erkannt werden:

„Die Beklagten seien schuldig, den Anspruch der Klägerin auf die eheliche Nutznießung an 1/4 des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes und auf die Nutznießung an 10,000 fl. kraft des Ehevertrages, beide beginnend mit dem 25. Mai 1867, anzuerkennen, und es sei diese Last von Caroline zu 2/3, von Eduard L. zu 1/3, eventuell von dem Letzteren allein, zu tragen.

Fürsorglich: „Die Beklagten seien schuldig, entweder innerhalb 14 Tagen bei Zwangsvermeiden 1/4 des schuldenfreien Vermögens des Erblassers der Klägerin als unbeschränktes Eigenthum zu übergeben, und es sei demnach die Theilung zu fertigen, oder den Anspruch der Klägerin auf die eheliche Nutznießung und auf weitere 10,000 fl., je beginnend mit dem 25. Mai 1867, anzuerkennen." Bei der mündlichen Verhandlung wurde auch das zweite Begehren fürsorglich seinem ganzen Umfange nach gegen Eduard L. allein gerichtet. —

Caroline L. bittet um Abweisung der gegen sie erhobenen Klage; Eduard L. um Abweisung des gegen ihn geltend gemachten Anspruches, soweit derselbe das Begehren der Einräumung einer Nutznießung an 2/3 von 10,000 fl. übersteigt. —

Nach L.R.S. 1098 kann der Wittwe höchstens das Eigenthum an 1/4 des ehemännlichen Nachlasses zugewendet werden, und in diese Quote muß sie sich die eheliche Nutznießungsquart (die sie nach richtiger Auslegung des L.R.S. 745a anzusprechen hat, obwohl die Kinder aus früheren Ehen stammen, Annalen XXVI. S. 297–301) — einrechnen lassen, da durch die Zuweisung des Eigenthums an einem Viertheil das Maaß desjenigen erschöpft wird, was die Wittwe überhaupt erhalten kann. Zwar lehrt Brauer in Band II. S. 515 sub Lit. b das Gegentheil, allein in Band II. S. 508/9 anerkennt derselbe Schriftsteller, daß die eheliche Nutznießung und diejenige, welche L.R.S. 1094 zu schenken erlaubt, die nämliche sei; in Band VI. S. 804 wiederholt er diese Ansicht und führt aus, daß die eheliche Nutznießung in die nach L.R.S. 1094 verschenkbare Quote eingerechnet werden müsse. Ist aber das letztere richtig, so muß die eheliche Nutznießung um so gewisser in die Quote des L.R.S. 1098 eingerechnet werden, da das Gesetz den zweiten Ehegatten gegenüber den Kindern aus einer früheren Ehe weniger begünstigt, als den ersten Ehegatten gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern (vergl. auch L.R.S. 1519a und 1527 Abs. 3).

Oberhofgerichtliche Jahrbücher VIII. S. 548 u. ff.
Magazin für bad. Rechtspflege und Verwaltung III. S. 447.
Annalen X. S. 385, XXVIII. S. 248. 249.
(Dagegen Annalen XX. S. 198–200.)

Die Klägerin hebt hervor, daß ihr die Nutznießung an dem Kapital von 10,000 fl. nicht auf Lebensdauer, sondern nur bis zur Wiederverehelichung eingeräumt sei, und behauptet, daß die eheliche Nutznießungsquart, zusammengerechnet mit der in besagter Weise zeitlich beschränkten weiteren Nutznießung, die nach L.R.S. 1098 verfügbare Quote keineswegs übersteige, während beklagterseits die gegentheilige Behauptung aufgestellt wird.

Es kommt nun aber darauf, ob die beiden Nutznießungen die nach L.R.S. 1098 verschenkbare Quote übersteigen, nicht an, weil die Erben nach L.R.S. 917 nicht das Recht haben, die Minderung der Nutznießung zu begehren (L.R.S. 1090), sondern nur das Recht, der Wittwe entweder das, was sie nach dem Ehevertrag erhalten soll, oder aber 1/4 des Nachlasses zu Eigenthum zu geben.

Die Anwendung des L.R.S. 917 setzt auch, obwohl er dem Wortlaute nach von dem Vermächtniß einer Nutznießung spricht, „deren Werth den gesetzlich erlaubten Betrag übersteigt," nicht voraus, daß das Vorhandensein dieser Thatsache durch eine Abschätzung des Werthes der geschenkten Nutznießung untersucht und erwiesen wird, der Erbe kann vielmehr von diesem Wahlrechte Gebrauch machen, sobald ihm der Vollzug der Nutznießungsschenkung lästiger erscheint, als die Hingabe der gesetzlich höchsten Quote. Der erwähnte L.R.S. geht von der Erwägung aus, daß die Werthschätzung einer Nutznießung mit Schwierigkeiten verknüpft ist, welche die Vornahme der Schätzung mißlich, und das Ergebniß derselben unsicher machen; er verfügt deßhalb, daß zur Abschneidung einer derartigen Schätzung die Rechte der Erben und diejenigen des Bedachten durch das dem Ersteren eingeräumte Wahlrecht ausgeglichen werden sollen.

Digitized by Google

Wollte man, wie dies allerdings von Jaubert in dem über den Art. 917 dem Tribunat erstatteten Vortrag verlangt wird, die Anwendung dieser Gesetzesstelle von dem Nachweis abhängig machen, daß die freigebige Verfügung den Werth der zulässigen Quote übersteigt, so würde damit die Absicht, welcher das Gesetz seine Entstehung verdankt, in vielen Fällen vereitelt werden.

Zachariae IV. S. 267 Note 19.
Laukhard X. S. 16. 21. 38.
Dalloz XVI. No. 964.
Toullier (V Auflage) V. No. 142.
Boileux ad 917.
Proudhon de l'usufruit I. No. 338.

Daß aber L.R.S. 917 auch bei solchen freigebigen Verfügungen, welche nach L.R.S. 1098 zu beurtheilen sind, zur Anwendung zu kommen hat, kann einem gegründeten Bedenken nicht wohl unterliegen, da auch bei diesen Verfügungen nur durch das dem Erben einzuräumende Wahlrecht die Abschätzung des Werthes der Nutznießung vermieden werden kann.

Laukhard X. S. 14. 38, XII. S. 315. 319.
Toullier V. S. 465.

Endlich steht der Herbeiziehung des L.R.S. 917 auch der Umstand nicht entgegen, daß dieser Satz nur auf solche Lasten, welche vom Erblasser auferlegt werden, nicht aber auf gesetzliche Lasten, und insbesondere nicht auf die eheliche Nutznießung Bezug hat.

Brauer II. S. 558.

Denn obwohl die eheliche Nutznießung dem Ueberlebenden kraft Gesetzes gebührt, so kann sie doch durch den Willen der Betheiligten beschränkt oder erweitert werden. In dem vorliegenden Falle ist das Letztere geschehen; indem der Ehevertrag bestimmt, daß die Wittwe unbeschadet der ehelichen Nutznießung die weitere Nutznießung an einem Kapital von 10,000 fl. erhalten solle, empfängt sie beide Nutznießungen kraft Ehevertrages.

Soferne aber von diesem Wahlrechte Gebrauch gemacht und der Wittwe in Folge dessen das Eigenthum an 1/4 des Nachlasses zu Eigenthum ausgefolgt wird, so hört dieses Eigenthum, von dem Zeitpunkte einer etwaigen Wiederverehelichung an, auf, wie die Nutznießung an den 10,000 fl. aufgehört haben würde, und es bleibt der Wittwe nur die Nutznießung an dem vierten Theile des Nachlasses beziehw. eine dieser gleichkommende 4 prozentige Rente (L.R.S. 745a 127b). Die Vorschrift des L.R.S. 917 muß nämlich mit dem Ehevertrage in Verbindung gebracht, und es muß deßhalb die nach L.R.S. 1098 zu bemessende Quote derselben Bedingung unterworfen werden, welche der Erblasser an die vermachte Nutznießung geknüpft hat. Nur auf diesem Wege ist es möglich, den klar ausgesprochenen Willen des Erblassers, nach welchem die Wittwe vom Augenblicke der Wiederverehelichung an nur eine Nutznießung am vierten Theile des Nachlasses haben soll, zur Geltung zu bringen. Die Wittwe ist auch hiedurch nicht beeinträchtigt, sie erhält an der gesetzlichen Quote das volle Eigenthum, das ihr nur dann wieder entzogen wird, wenn sie zu einer neuen Ehe schreitet.

Laukhard X. S. 14.
Dalloz XVI. No. 975.
Zachariä IV. S. 267 Note 19.

Hiernach gebührt der Wittwe entweder die Nutznießung an einem Viertel des Nachlasses und ferner, bis zu ihrer Wiederverehelichung, die Nutznießung an einem Kapitale von 10,000 fl., oder aber das Eigenthum an 1/4 des Nachlasses, welches Eigenthum jedoch dergestalt widerruflich ist, daß vom Zeitpunkte der Wiederverehelichung die Nutznießung des Viertels oder ein entsprechender Rentenbezug an seine Stelle tritt.

Die von dem Anwalte des Eduard L. geltend gemachte Behauptung, daß der Wittwe an der gesetzlich verschenkbaren Quote nicht das Eigenthum, sondern nur die Nutznießung zugesprochen werden könne, weil der Erblasser dadurch, daß er eine Nutznießung vermachte, zu erkennen gegeben habe, daß Klägerin die Quote, die sie überhaupt empfangen kann, nur nutznießungsweise erhalten solle (Laukhard X. S. 34), ist unstichhaltig.

Durch die Wahl, welche der Erbe zu treffen für gut findet, darf der Wille des Erblassers nicht verletzt werden; eine solche Verletzung läge aber dann vor, wenn die Wittwe, welche nach dem Gesetze den vierten Theil des Nachlasses zu Eigenthum erhalten kann, und die nach dem Ehevertrage die Nutznießung an einem die Hälfte des Vermögens übersteigenden Theile erhalten soll, nur 1/4 des letzteren nutznießungsweise erhalten würde.

Bei der bisherigen Erörterung ist nur L.R.S. 1098 — nicht auch A.R.S. 1094 in Betracht gezogen worden. Nach der letzteren, bei den Rechtsausführungen der mündlichen Verhandlung unberücksichtigt gebliebenen, Gesetzesstelle, kann die Klägerin mehr nicht als die Hälfte des Nachlasses nutznießungsweise erhalten. Zieht man den

Digitized by Google

bestrittenen Vorempfang von 5000 fl., wie dies, vorbehaltlich der richterlichen Entscheidung, bei der Theilung geschehen ist, bei der Berechnung des Vermögens in Betracht, so beträgt dasselbe nach Abzug der Schulden und der Ersatzforderung der Wittwe 31,273 fl. 37 kr. und die Hälfte hievon 15,636 fl. 48 kr.

Erhält nun die Wittwe die eheliche Nutznießungsquart, also eine Nutznießung an 7818 fl. 24 kr. und daneben die Nutznießung an 10,000 fl., somit eine Nutznießung an 17,818 fl. 24 kr., so erhält sie die Nutznießung an mehr als der Hälfte des Nachlasses, und es fragt sich deßhalb, ob nicht der von ihr erhobene Anspruch, soweit er auf mehr als die Einräumung der Nutznießung an der Hälfte des Nachlasses gerichtet ist, schon auf Grund des L.R.S. 1094 — abgesehen von der weiteren Beschränkung des L.R.S 1098 — von vornherein abgewiesen werden sollte. Diese Frage wäre zu bejahen, wenn der Wittwe in dem Ehevertrage neben der ehelichen Nutznießung die Nutznießung an einem Kapital von 10,000 fl. auf Lebensdauer zugesichert worden sein würde. Allein dies ist nicht der Fall.

Die Nutznießung der 10,000 fl. ist nicht auf Lebensdauer verliehen; die Einräumung ist auch nicht von der Bedingung der Nichtwiederverehelichung abhängig gemacht, noch ist der Wittwe die Auflage gemacht worden, zu keiner neuen Ehe zu schreiten.

Die Nutznießung ist vielmehr eine zeitlich bedingt beschränkte; das Aufhören derselben ist durch ein künftiges Ereigniß bedingt, von welchem ungewiß ist, ob und wann es eintreten wird. Ebendeßhalb läßt sich nicht sagen, daß die Wittwe, wenn sie die eheliche Nutznießung und daneben die hinsichtlich ihrer Dauer beschränkte Nutznießung an 10,000 fl. empfängt, mehr erhält, als sie nach L.R.S. 1094 empfangen darf. Daß der Eintritt des die Dauer der Nutznießung begrenzenden Ereignisses von dem Willen der Wittwe abhängt, ist hiebei unerheblich. Sie kann, je nach Umständen, mehr oder weniger als den erlaubten Betrag erhalten, und die Werthberechnung dessen, was sie erhält, entzieht sich jeder im Voraus vorzunehmenden Schätzung..

Wenn nun auch vielfach und mit Recht angenommen wird, daß L.R.S. 917 innerhalb des Gebietes des L.R.S. 1094 keine Geltung hat, weil L.R.S. 1094 die zuwendbare Nutznießung bestimmt, und weil es sich somit bei diesem Satze nicht um eine Reducirung des Werthes der Nutznießung auf den Werth des Eigenthums, sondern um eine Vergleichung der geschenkten mit der gesetzlich zulässigen Nutznießung, also um eine eintretenden Falls leicht ausführbare Beschränkung der ersteren handelt,

Laukhard XII. S. 313,

Zachäriä IV. S. 268 Note 20,

so wird man nach Sinn und Absicht des L.R.S. 917 von diesem Satze eine Ausnahme doch da eintreten lassen müssen, wo die Schenkung einer Nutznießung in Frage steht, die nicht — wie das Gesetz voraussetzt, auf Lebensdauer, sondern auf eine andere, im Voraus nicht bestimmbare Zeitdauer gegeben ist. Wenn es schwierig ist, das Werthverhältniß der Nutznießung zum Eigenthum festzusetzen, so ist es in dem angedeuteten Falle unmöglich, das Werthverhältniß einer solchen Nutznießung zu einer auf Lebensdauer geschenkten zu bestimmen, und es wird deßhalb in einem solchen Falle nach dem Geiste des Gesetzes gerechtfertigt sein, in Anwendung des L.R.S. 917 den Erben für schuldig zu erachten, entweder die freigebige Verfügung zu vollziehen, oder statt dessen dem Bedachten das zu gewähren, was ihm nach Vorschrift des Gesetzes gegeben werden kann. Dies sind die Gründe, aus welchen die Bestimmung des L.R.S. 1094 nicht dazu führt, den auf mehr als die Hälfte der Nutznießung gerichteten Anspruch unbedingt abzuweisen.

Was endlich die Frage anbelangt, ob beide Beklagte und nach welchem Maaßstabe dieselben der Klägerin haften, so hat der klägerische Anwalt behauptet, es sei bei der Theilung vereinbart worden, daß der Sohn $^2/_3$, die Tochter $^1/_3$ der beiden Nutznießungen zu tragen habe, während die Tochter vorschützt, die Klägerin könne von ihr gar Nichts verlangen, da sie nur den Pflichttheil erhalten habe.

Wie sich aus den vom klagenden und beklagten Theile angerufenen Theilungsakten ergibt, ist vereinbart worden, daß der Vormund des Sohnes während der Minderjährigkeit des Letzteren die Nutznießung an den 10,000 fl. der Klägerin durch Zahlung einer fünfprozentigen, in Quartalsraten zu entrichtenden, Jahresrente leisten, und daß die eheliche Nutznießung, falls der Wittwe ein Anspruch auf dieselbe zuerkannt werden würde, zu $^1/_3$ von der Tochter und zu $^2/_3$ von dem Sohne getragen werden solle. Angesichts dieser, für die Entscheidung maaßgebenden Vereinbarung bedarf es einer Prüfung der Frage nicht, in welcher Weise die Beklagten nach Maaßgabe des Gesetzes haften

Digitized by Google

würden. Die hier zu fällende Entscheidung bezieht sich übrigens nur auf die Haftpflicht der Beklagten gegenüber der Wittwe, und läßt den Punkt, wie sich die Last unter den beiden Miterben vertheilt, unerörtert. Darauf, daß nach den Theilungsverhandlungen die Nutznießung an den 10,000 fl. in Form einer Rente entrichtet werden soll, war in dem Urtheile keine Rücksicht zu nehmen, da die Art und Weise, wie die Nutznießung zu gewähren sei, von keiner Seite zum Gegenstande einer Erörterung gemacht worden ist.

Das nach L.R.S. 917 den Erben zustehende Wahlrecht kann von einem jeden Miterben nach eigenem Ermessen ausgeübt werden.

Dalloz XVI. No. 973.

In dem vorliegenden Falle aber steht das Wahlrecht nur dem Sohne zu, da die Tochter nur wegen eines Theiles der ehelichen Nutznießung in Anspruch genommen werden kann. Zieht der beklagte Sohn vor, der Klägerin $^1/_4$ des Nachlasses zu Eigenthum auszufolgen, so ist die beklagte Tochter von jeder Leistung frei.

Das Eigenthum an dem Viertel des Nachlasses gebührt der Klägerin eintretendenfalls vom Todestage des Erblassers an; von demselben Zeitpunkte an gebühren ihr auch die Erträgnisse aus der ehelichen Nutznießung (L.R.S. 745a; arg. 612. 1005. 1014 Abs. 1), sowie diejenigen aus der Nutznießung an dem Kapitale von 10,000 fl.; die letzteren deßhalb, weil durch die geschenkte Nutznießung die eheliche Nutznießung erweitert worden und die Wittwe die erstere nach der Absicht des Erblassers als einen Beitrag zum Lebensunterhalte empfangen soll. L.R.S. 1015 Ziff. 2.

Was die Kosten des Rechtsstreites betrifft, so erschien es, in Berücksichtigung des Verhältnisses der gestellten Begehren zu der gefällten Entscheidung, angemessen, die Wettschlagung derselben auszusprechen (§. 172 der Pr.O.)

Dr. Gebhard.

7.

Für die Beeinträchtigung einer als Privatnutzungsrecht sich darstellenden Fährgerechtigkeit durch den Bau einer Eisenbahnbrücke ist nach dem Zwangsenteignungsgesetz Entschädigung zu leisten.

J. S.

der Besitzer der Rheinfähre zu Coblenz, Canton Aargau, als Jos. Kalt und Genossen in Coblenz, Kläger, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

den großh. badischen Fiscus, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Entschädigungsforderung betr.

Die Kläger erachteten sich als Besitzer der bei Coblenz seit alter Zeit bestehenden Fähre über den Rhein durch die von der großh. Regierung in Gemäßheit des Staatsvertrags vom 26. August 1857 (Reggsbl. 1858 Nr. XXXIX. S. 349) behufs der Verbindung der großh. badischen Eisenbahn mit der schweizerischen Nordostbahn bei Waldshut auf gemeinschaftliche Kosten errichteten Rheinbrücke in dem Betriebe ihrer Fähre beinträchtigt.

Sie belangten zunächst die schwrizerische Nordostbahngesellschaft als Miteigenthümerin jener Brücke bei den schweizerischen Gerichten auf Ersatz des ihnen durch die Erbauung der Brücke zugegangenen Schadens zur Hälfte und erwirkten auch bei dem schweizerischen Bundesgerichte ein Urtheil, welches die beklagte Gesellschaft der Nordostbahn für verpflichtet erklärte, den Klägern als Besitzern der Rheinfähre für die in Folge des Bau's der Eisenbahnbrücke über den Rhein entstandenen Unterhaltungs- und Betriebskosten eine Entschädigung von 6000 Fcs. zu leisten.

Hierauf traten sie bei dem großh. Kreisgerichte Waldshut gegen den großh. Fiscus als Eigenthümer der andern Hälfte der Brücke — auf Schadensersatz in demselben Betrage, wie er ihnen von dem schweizerischen Bundesgerichte zuerkannt worden ist, klagend — auf.

Sie machten geltend, sie seien in dem langjährigen Besitz der Fähre, bestehend aus den Landfesten, den über den Rhein gespannten Drahtseilen und den zum Uebersetzen der Personen geeigneten Wagenschiffen. Dieser Transport werde gegen entsprechendes Entgeld vermittelt. Die Befugniß zu dieser Vermittlung sei früher wahrscheinlich ein Reichslehen gewesen, aber im Laufe der Zeit auf das Kloster St. Blasien, auf die Probstei Klingnau und die Gotteshäuser Sion und Berau, sowie auf die Stadt Laufenburg übergegangen und von diesen sei dieselbe mehreren Einwohnern von Koblenz den Rechtsvorfahren der Kläger, als eine mit einem Bodenzins belastete Fährgerechtigkeit verliehen worden.

(Schl. flgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Februar 1869. No. 1.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 1.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Februar 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 4. Februar.	
130	Maier gegen Schrenk — Vertragserfüllung	Geißmar. — Esser.
139	Stählin gegen Grosmann — Forderung	Geißmar. — Wedekind.
	Donnerstag den 11. Februar.	
119	Köbele gegen Lickert — Vertragserfüllung	Barbo. — Esser.
128	Hügelheim gegen Marget — Fasellastablösung	M. Fürst. — Esser.
	Dienstag den 16. Februar.	
121	Gehr gegen Gehr — Kaufeintrag	Barbo. — Esser.
118	Warth gegen Katz — Vertragserfüllung	M. Fürst. — Prinz.
	Donnerstag den 18. Februar.	
114	Sulzbach gegen Binzer — Eigenthumsansprüche . . .	A. Gutmann.
	Dienstag den 23. Februar.	
123	Bolley gegen Klinggräff — Vertragsauflösung	A. Fürst. — Klingel.
120	Rischwitz gegen Hemsbach — Forderung	Grimm. — M. Fürst.
	Donnerstag den 25. Februar.	
102	Weigand gegen Bender — Vertragserfüllung	Grimm. — Schulz.
124	Bürkel gegen Traumann — Vertragserfüllung	Gernandt. — Grimm.

Digitized by Google

Soeben ist in der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** eingetroffen:

Die I. Hälfte des XII. Bandes von

Cours de Code civil

par

C. Demolombe.

Lorsque M. Demolombe publia, en 1846, le premier volume de son Cours de droit civil, nous n'hésitâmes pas à enrichir de cet ouvrage important la collection belge des jurisconsultes étrangers. Le succès du livre a grandi de volume en volume. Le savant professeur de Caen est placé aujourd'hui au premier rang des sommités de la science; aussi le gouvernement français lui a-t-il offert récemment un siége à la cour de cassation; mais, pour pouvoir se consacrer entièrement à l'oeuvre capital qu'il a entreprise, M. Demolombe n'a pas hésité à refuser cette éminente position.

Le Cours de droit civil est à la fois un livre de science et de pratique; il s'adresse à la magistrature et au barreau, comme aux écoles. Cette double destination donne à cette oeuvre un caractère tout particulier.

Les recueils de jurisprudence s'empressent de le citer; mais, comme leurs citations se rapportent en général à l'édition originale, nous avons cru faire chose utile, pour nos lecteurs, en indiquant, en tête de nos pages, la pagination correspondante de l'édition française. Ainsi: P., t. Ier, 4 — 6 signifie: édition de Paris, tome Ier, p. 4 à 6.

EN VENTE:

Tome I. — De la Publication, des Effets et de l'Application de lois en général, de la Jouissance et de la Privation de droits civils, des Actes de l'état civil, du Domicile et de l'Absence. (Tomes I. et II. de l'édition française.)

Tome II. — Du Mariage et de la Séparation de corps. (Tomes III. et IV. de l'édition française.)

Tome III. — De la Paternité et de la Filiation, de l'Adoption et de la Tutelle officieuse et de la Puissance paternelle. (Tomes V. et VI. de l'édition française.)

Tome IV. — De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, de la Majorité, de l'Interdiction, du Conseil judiciaire et des Individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés. (Tomes VII. et VIII. de l'édition française.) Suivi d'une table analytique des quatre premiers volumes.

Tome V. — De la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation. (Tomes IX. et X. de l'édition française.)

Tome VI. — Des Servitudes ou Services fonciers. (Tomes XI. et XII. de l'édition française.)

Tome VII. — Des Successions. (Tomes XIII. et XIV. de l'édition française.)

Tome VIII. — Des Successions. (Tomes XV. à XVII. de l'édition française.)

Tome IX. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XVIII. et XIX. de l'édition française.)

Tome X. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XX. et XXI. de l'édition française.)

Tome XI. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XXII. et XXIII. de l'édition française.) Suivie d'une table alphabétique et analytique des Tomes IX., X. et XI.

Tome XII. — Des Contrats et des Obligations conventionelles en general. Premiere partie. (Tome XXIV. de l'édition française.)

In Folge der Preiserhöhung seitens des Verlegers kosten compl. Exemplare jetzt fl. 70 und einzelne Bände fl. 6.

Mannheim, den 16. Dezember 1868.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 2.**

(Schluß von Art. 7.)

In Folge der durch den Brückenbau herbeigeführten Veränderung des Stromgebietes, insbesondere durch die Verstärkung der Strömung des Rheins und durch die unterhalb der Fähre in demselben angebrachten Brückenpfeiler sei der Betrieb der Fähre gefährlich geworden und zur Abwendung dieser Gefahr sei ein ständiger Mehraufwand an Material und Arbeitskräften erforderlich, dessen Kapitalwerth im Ganzen auf 12,000 Fcs. angeschlagen werden könne. Hievon treffe den großh. Fiscus die Hälfte mit 6000 Fcs.

Die beiden vordern Instanzen erkannten auch in so weit zu Gunsten der Kläger, als sie den Beklagten verurtheilten, den Klägern die Hälfte des von Sachverständigen auf 4500 Fcs. festgesetzten Schadensbetrags mit 2250 Fcs. oder 1050 fl. sammt Verzugszinsen zu bezahlen.

Gegen diese Entscheidungen ergriff der beklagte Fiscus die Oberappellation; allein seine Beschwerde stellte sich dem großh. Oberhofgericht nicht als begründet dar, welches durch Urtheil vom 17. November 1868 aus folgenden Gründen bestätigend erkannte:

Die Kläger gründen ihren Anspruch auf Entschädigung auf die Behauptung, daß sie Eigenthümer der bei Koblenz längst bestehenden Fähre seien, und daß der Beklagte durch die zur Herstellung einer Verbindungsbahn zwischen der großherzoglichen Eisenbahn und der schweizerischen Nordostbahn bei Waldshut auf gemeinschaftliche Kosten erbauten Rheinbrücke den Betrieb jener Fähre erschwert habe.

Es werfen sich daher zunächst die beiden Fragen auf:

1) Besitzen die Kläger ein Recht zum Betrieb der Fähre bei Koblenz? und
2) wurde dieses Recht von dem beklagten Fiscus in rechtswidriger Weise verletzt?

Hinsichtlich des Erwerbes jenes Rechtes behaupten die Kläger, daß sie solches als sogenannte Fährgerechtigkeit zu Lehen erhalten haben und berufen sich zum Beweise auf den vom Beklagten anerkannten sogenannten Vertragsbrief vom 20. Februar 1655.

Daß nach dem gemeinen deutschen Rechte an öffentlichen Flüssen Privatgerechtsame, wie namentlich sogenannte Fährgerechtigkeiten durch Verleihung und durch Verjährung erworben werden konnten und als solche, obgleich sie von der dem Staate zustehenden Herrschaft über die öffentlichen Gewässer abgeleitet werden und der Ordnung und Aufsicht des Staates unterstehen, in das Privateigenthum der Erwerber übergingen, ist in den Entscheidungsgründen des Appellationssenats ꝛc. genügend ausgeführt. Es ist daher zu prüfen, ob der von den Klägern angerufene Vertragsbrief die Verleihung der in Frage stehenden Berechtigung an dieselben nachweist.

Inhaltlich jener Urkunde erschienen am 20. Februar 1655 vor dem bischöflich Konstanzischen Obervogt und den geschwornen Räthen zu Klingnau, welches damals zur Herrschaft St. Blasien gehörte, in Gegenwart der Vertreter der Gotteshäuser Klingnau, Sion und Berau und der Kaplaneipfründe St. Jakob zu Laufenburg, welche vier Gotteshäuser als die rechten Zins- und Lehenherren des beständigen Fahrs im Rhein zu Koblenz bezeichnet werden, vier namentlich bezeichnete Bürger von Koblenz als Besitzer jener Fähre, von welchen zwei über den Betrieb der Fähre namentlich während der Waldshuter und Zurzacher Märkte gegen die beiden andern Beschwerden vorbrachten, aber nach gepflogener Verhandlung einen Vergleich mit denselben abschlossen, dessen Beurkundung den Gegenstand des Vertragsbriefs bildet.

In dieser Urkunde wird erwähnt, daß die Fähre im Rhein zu Koblenz von Alters her den genannten Gotteshäusern zugehöre und die genannten vier Bürger von Koblenz dieselbe genützt und besessen haben; daß von Altem mit dieser Gerechtigkeit der Bezug eines Fährgeldes verbunden ist; daß ferner der Umfang derselben laut altem Brief und Siegel die Stromstrecke zwischen Kadelburg und Waldshut erfaßt, und daß vermöge alten Briefs und Herkommens auch diejenigen Personen, welche sich durch andere Fähren übersetzen lassen, den rechten Fähren den gewöhnlichen Lohn zu zahlen haben.

Digitized by Google

Sodann folgt die Beurkundung, daß dieser Vergleich auf Bitten der genannten Fährer, sowohl von den Lehn- und Zinsherrn als auch von Obrigkeitswegen verwilligt und gut geheißen und, da Alles nach alten Bräuchen, Briefen und Gewohnheiten gesetzt und geordnet worden, von Obrigkeitswegen zu guter und beständiger Kraft erkannt werde, sowie daß zur Urkund und Zeugniß Alles dessen dieser Brief unter dem eigenen, angeborenen adeligen Siegel des Obervogts ausgefertigt worden sei.

Aus dieser schon ihrem äußern Ansehen nach sehr alten und mit den damals (1655) üblichen Formen abgefaßten Urkunde,

c. l. Spangenberg, Urkundenbeweis II. Band S. 4. 9. 10. 22. 31. 90. 94. 119. ff.,

läßt sich zwar nicht entnehmen, wann das in Frage stehende Recht entstanden ist; es geht aber doch soviel aus derselben hervor, daß die Fährgerechtigkeit schon lange vor Errichtung der Urkunde bestund, daß sowohl ihre Entstehung als auch ihr Umfang durch alte Urkunden und Gewohnheiten (Bräuche und Herkommen) festgestellt worden war, daß die in dem Briefe genannten vier Bürger von Koblenz die rechtmäßigen Besitzer der Gerechtigkeit waren, daß sie solche seiner Zeit von den Gotteshäusern Klingnau, Sion und Berau und der Kaplaneipfründe zu Laufenburg durch belastenden Titel erhalten hatten, und daß diese (als die rechten Zins- und Lehenherrn) zur Verleihung berechtigt waren, mögen nun die Letzten solche schon besessen haben, bevor die Regalität an Flüssen sich ausgebildet hatte, oder mögen sie dieselbe von der Reichsgewalt oder von dem Stifte St. Blasien, mit dem die Gotteshäuser Klingnau und Berau, wie ihre Vertretung durch einen Conventualen jenes Stiftes andeutet, in näherer Beziehung gestanden zu sein scheinen, durch Verleihung oder durch langjährige Ausübung erworben haben.

Daß die Fährgerechtigkeit seit der Ausstellung des erwähnten Vertragsbriefs fortbestund, ist nicht bestritten, und daß die Kläger die gegenwärtigen Besitzer derselben sind, ist von dem Beklagten ausdrücklich zugestanden und dadurch die Legitimation der Kläger außer Zweifel gesetzt.

Hiernach muß angenommen werden, daß den Klägern ein den Charakter eines wahren Privatrechts an sich tragendes Nutzungsrecht zusteht, welches einen Theil ihres Vermögens bildet und welches sie, wie jedes Privatrecht sowohl dem Staate, als jedem Dritten gegenüber, der solches nicht anerkennt oder verletzt, gerichtlich verfolgen können.

Solche Fährgerechtigkeiten haben insofern eine Aehnlichkeit mit den Grunddienstbarkeiten, als durch dieselben das dem Staate neben seinem Aufsichtsrechte vorzugsweise zustehende Benützungsrecht, wie auch das Allen zustehende Gebrauchsrecht beschränkt wird und der Staat das Privatnutzungsrecht als eine auf dem Flusse ruhende Last dulden muß,

Puchta, gerichtl. Klagen S. 269.

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 203 S. 537. (6 Aufl.),

und sind daher nach Analogie der Grunddienstbarkeit zu beurtheilen.

Hiernach können die Kläger verlangen, daß der Staat nichts unternehme, was den Gebrauch ihrer Fährgerechtigkeit schmälern oder erschweren würde.

L.R.S. 701.

Dieses Recht kann aber nicht soweit gehen, daß der Staat dadurch gehindert werden könnte, aus Gründen des öffentlichen Nutzens kraft seines Oberaufsichts- und Eigenthumsrechtes eine Brücke über den Rhein zu errichten.

Steht der Ausführung des Bau's an dem hiezu auserwählten Platze ein Privatnutzungsrecht, wie eine Fährgerechtigkeit hindernd im Wege, so kann der Staat wohl dieselbe an einen andern gleich bequemen Platz verlegen, wenn er aber dies nicht will oder nicht kann, so darf er die Gerechtigkeit nicht eigenmächtig aufheben oder schmälern, sondern er kann nur die Abtretung ganz oder theilweise im Wege der Enteignung gegen Entschädigung verlangen.

Dieser Rechtssatz galt schon nach dem gemeinen deutschen Rechte,

Börner, im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXVIII. S. 368.

Mittermaier, daselbst Bd. XXIII. S. 450.

Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 76 S. 219.

Beseler, deutsches Privatrecht S. 820.

und ist in unserer Gesetzgebung bestimmt ausgesprochen,

Verfassungsurkunde §. 14.

L.R.S. 545.

Expropriationsgesetz vom Jahr 1835 §§. 1 u. 2.

Vergl. mit dem Gesetz vom 7. Mai 1858 die Zwangs-

Digitized by Google

abtretungen für die auf Staatskosten zur Ausführung kommenden Eisenbahnen betreffend.

Reggsbl. 1858 No. XIX. S. 188.

Von der Enteignung des Eigenthums an einer körperlichen Sache, wie bei Grundstücken und Gebäuden, kann zwar hier keine Rede sein, weil eine ausschließliche Herrschaft über die fließende und sich stets erneuernde Wassermasse nicht möglich ist; dies schließt aber nicht aus, daß auch eine Wasserberechtigung Gegenstand der Enteignung sein kann.

Die §§. 6. 33. 85 und 93 des Expropriationsgesetzes handeln ausdrücklich von der Abtretung oder Beschränkung von Berechtigungen und wenn die §§. 6 und 33 den Fall unterstellen, daß die Berechtigung zum Vortheil einer Liegenschaft besteht, so läßt sich doch aus den Bestimmungen dieser Gesetzesstellen entnehmen, daß sie zunächst den Werth oder Minderwerth der abzutretenden oder zu beschränkenden Berechtigung an sich ins Auge fassen und nur unter einer besondern Voraussetzung dem Eigenthümer das Recht einräumen, mit der Berechtigung zugleich auch die Uebernahme der Liegenschaft zu verlangen.

Annalen XXXIII. 356. XXXIV. 258.

Wenn nun der großh. Fiscus die Eisenbahnbrücke erbaut und durch diesen Bau den Betrieb der den Klägern zustehenden Fährgerechtigkeit beeinträchtigt hat, ohne vorher sich hierwegen mit den Klägern zu benehmen und ohne vorher den Streit über die von den Klägern in Anspruch genommene, von ihm aber nicht anerkannte Berechtigung, sowie über seine Verbindlichkeit zur Entschädigung nach Anleitung des §. 85 des Expropriationsgesetzes vor der zuständigen Behörde austragen zu lassen, so können die Kläger zwar die Widerherstellung des vorigen Zustandes nicht verlangen, aber auch in Folge des eigenmächtigen Vorgehens des großh. Fiscus ihren Anspruch auf Entschädigung nicht verlieren.

Was sodann die Frage anbelangt, ob der Betrieb der Fähre durch den Brückenbau erschwert und kostspieliger gemacht worden ist, so muß auch diese Frage auf Grund des von den Sachverständigen erstatteten Gutachtens bejaht werden.

Nach der Behauptung der Kläger besteht die Erschwerung des Fährbetriebs darin, daß die Strömung des Rheines in Folge des Brückenbau's vermehrt und dadurch die Gefahr begründet worden sei, daß wenn das Drahtseil breche, das angehängte Transportschiff mit reißender Geschwindigkeit rheinabwärts an den Brückenpfeiler gelange und zerschelle, und daß die Maßregel, durch welche diese Gefahr verhütet oder vermindert werden könne, einen bedeutenden Aufwand an Material und Arbeitskräften erfordere.

Das prozeßordnungsmäßig erhobene und von den Parteien nicht angefochtene oder bemängelte Gutachten der Sachverständigen bestätigt, daß der Betrieb der Fähre schon vor der Erbauung der Brücke bei der erheblichen Breite des Stroms und bei der großen Geschwindigkeit desselben, namentlich bei zeitweiligem Hochwasser und Sturmwind nicht ganz gefahrlos gewesen.

Daß aber durch den Brückenbau die Strömung (9′ 1″ per Minute) verstärkt und hiedurch, sowie durch die unterhalb der Fähre stehenden und von derselben nicht weit entfernten Brückenpfeiler diese Gefahr vermehrt worden, und daß nun, wenn das Drahtseil oder das Hängseil breche, das Wagenschiff einer großen Gefahr ausgesetzt und dabei eine Zerschellung desselben wahrscheinlich oder doch sehr leicht möglich, sowie daß zur Abwendung oder Verminderung dieser Gefahr zur Zeit der ungünstigen Umstände, wie Hochwasser, Sturmwind oder Eisgang — eine Vermehrung der Bemannung der Fähre um einen Mann während 90 Arbeitstage erforderlich sei, deren Lohn zu 2 Fcs. berechnet einen Kostenaufwand von 180 Fcs. per Jahr oder zu 4 pCt. kapitalisirt, ein Kapital von 4500 Fcs. ergebe.

In diesem Mehrbetrag der Betriebskosten, welchen die Kläger im Interesse der Sicherheit nicht nur der Personen und Güter, deren Uebersetzen die Fähre vermittelt, sondern auch für ihre eigene Bedienungsmannschaft und das Material der Fähre zu bestreiten haben, liegt eine durch den Brückenbau verursachte Erschwerung und Schmälerung der den Klägern zustehenden Fährgerechtigkeit, welche der Fiscus nicht ohne Entschädigung in Anspruch nehmen kann.

Die von dem Beklagten gegen die kläger'sche Forderung vorgebrachten Einwendungen stellen sich sämmtlich als unbegründet dar.

Daß das Gewerbegesetz vom 20. September 1862 Reggsbl. No. XLIV. S. 409 hier keine Anwendung finden kann, ist schon in den Entscheidungsgründen des Appellationssenats ausgeführt, und daß durch das Gesetz vom 10. April 1848, Reggsbl. No. XXIII., die Aufhebung der Feudalrechte betr., die Fährgerechtigkeit

Digitized by Google

nicht berührt wird, zeigt ein Blick auf die in Art. 1 Abs. 1 angeführten L.R.Z.S. 577aa—ar und 710a—ka und die im Art. 1 Abs. 2 unter Ziff. 1—8 aufgeführten Berechtigungen.

Die Sachverständigen konnten, wie der Appellationssenat mit Recht annahm, nur den gegenwärtigen Zustand der Fähre ihrem Gutachten zu Grunde legen, da die Besitzer derselben berechtigt waren, im Interesse der Sicherheit oder der Kostenersparung — vorbehaltlich der Genehmigung der Staatsbehörde — jede neue Einrichtung anzubringen und in der Duldung der seit dem Jahr 1846 bestehenden Betriebseinrichtungen von Seiten des zur Beaufsichtigung der Fähre nicht unberechtigten, sondern auch verpflichteten Staates jedenfalls eine stillschweigende Genehmigung derselben gefunden werden muß.

Wollte man aber auch den früheren Zustand der Fähre, als solche noch mittelst Ruder-Kähnen betrieben wurde, berücksichtigen, so würde aus dem Umstande, daß damals zur Leitung der Kähne eine größere Anzahl von Personen erforderlich war, als dies jetzt unter den ungünstigsten Verhältnissen der Fall ist, nicht gefolgert werden können, daß der Betrieb der Fähre durch den Brückenbau nicht erschwert worden ist, sondern es würde sich fragen, ob jene stärkere Mannschaft, namentlich bei Hochwasser, Sturmwind oder Eisgang auch jetzt noch ausreichen würde, nachdem durch den Brückenbau die Strömung des Wassers bedeutend vermehrt und in der Nähe der Fähre Brückenpfeiler in den Strom gesetzt worden sind, oder ob nicht zur Verhütung der dadurch bedingten größern Gefahr eine Verstärkung der Mannschaft erforderlich gewesen wäre.

Um ein Gutachten der Sachverständigen über diese Frage erheben zu können, müßte die Anzahl der Personen, welche früher zur Führung der Kähne verwendet wurden, und ebenso die damalige Beschaffenheit des Materials bekannt sein; der Vertreter des Beklagten hat aber weder in dem ersten Rechtszuge bei der Bezeichnung der Punkte, deren Berücksichtigung in dem Gutachten er seiner Seits verlangte, noch in seiner Appellationsbeschwerdeschrift eine Aufklärung hierüber gegeben.

Pr.O. §. 498.

Hiernach mußten die Urtheile der vordern Instanzen lediglich bestätigt und der Beklagte als unterliegender Theil in Gemäßheit des §. 169 der Pr.O. zugleich in die Kosten dieses Rechtszuges verurtheilt werden.

Red.

8.

Aus amtsgerichtlicher Praxis.

Ueber Beuterecht. (Occupatio bellica.)

Leihvertrag oder Auftrag.

Stillschweigende Lohnzusage. (L.R.S. 1986.)

Verpflichtung zur Erfüllung auch der lästigen Bedingungen, bei Aneignung der durch einen Dritten ohne besonderen Auftrag errungenen Vortheile.

Wettschlagung des Betrags der durch schlechte Behandlung herbeigeführten Werthsverminderung einer Sache mit den geforderten Unterhaltungskosten derselben.

Feststellung eines Schadensbetrags durch den Richter. (§. 588 und 484 der Pr.O.)

In Sachen
des Franz Anton Günther von Weickersteten, Kl.

gegen
den Großherzogl. badischen Fiskus, Bekl.,
Forderung betreffend,

kamen u. A. auch obige Rechtsverhältnisse bei großh. Amtsgerichte Mannheim zur Sprache und sind in den Entscheidungsgründen zum amtsgerichtlichen Urtheil vom 22. Mai v. J., gegen welches von großh. Fiskus die Appellation angezeigt, aber nicht ausgeführt wurde, im Wesentlichen, wie folgt, erörtert:

Im deutschen Kriege des Jahres 1866 wurden von der zweiten Schwadron des badischen Leibdragonerregiments zwei Pferde der Preußen erbeutet und, weil sie an den Knieen aufgefallen, daher nicht fortzubringen waren, am 24. Juli jenes Jahres von einem Trompeter der Schwadron dem Stabhalter in Weickersteten mit dem Auftrag übergeben, deren Verpflegung gegen Entschädigungsleistung besorgen zu lassen.

Der Stabhalter gab die Pferde dem Kläger in Wartung und Fütterung, indem er ihm ebenfalls Entschädigung hiefür versprach.

Der Kläger ließ die Pferde heilen, hatte sie vom 24. Juli bis 6. September oder an 45 Tage in Pflege und Futter und lieferte sie am letzteren Tage in Folge eines Schreibens des Leibdragonerregiments, in welchem zugleich über die Kosten der Fütterung Rechnung ver-

Digitized by Google

langt wurde, an einen zur Empfangnahme beauftragten Dragoner wieder ab.

Beide Pferde wurden hierauf von dem Regimentskommando dahier versteigert, und der Erlös einstweilen für die Militärkasse erhoben.

Auf Grund dieser Thatsachen beansprucht nun Kläger vom großh. Fiskus die Bezahlung von, den damaligen Kriegsverhältnissen entsprechenden, Fütterungs- und Verpflegungskosten mit 2 fl. 30 kr. im Tag für beide Pferde oder zusammen mit 112 fl. 30 kr.

Der bekl. großh. Fiskus gab im Allgemeinen diese Klagthatsachen als richtig zu und bestritt nur, daß die Pferde dem Stabhalter von Weickersteten unter Eingebung besonderer Vertragsverbindlichkeiten in Verwahrung übergeben wurden, und daß das Füttergeld im angesetzten Betrage gerechtfertigt, da hiefür lediglich §. 30 des Verpflegungs-Reglements für das deutsche Bundesheer maaßgebend sei, glaubt aber überhaupt nicht zur Bezahlung eines solchen verpflichtet zu sein.

Zur Entkräftung der klägerischen Ansprüche wurde nämlich vorgetragen:

1) Der großh. Fiskus sei nicht der rechte Beklagte, denn nicht der badische Staat als solcher, sondern lediglich die Mannschaft der zweiten Schwadron des Leibdragonerregiments habe von den Pferden Besitz ergriffen, im Interesse dieser einzelnen Soldaten seien die Pferde dem Stabhalter vermuthlich in der Absicht übergeben worden, ihn zu beauftragen, für die fernere Erhaltung der Pferde bis auf Weiteres zu sorgen; auch der betreffende Offizier, welcher das Schreiben des Regimentskommando's unterzeichnet, habe nur als Vertreter der Escadronsmitglieder, nicht des Staates gehandelt, welchen er organisationsmäßig gar nicht habe verpflichten können; endlich sei auch der Erlös beider Pferde mit 170 fl., nachdem die Offiziere auf ihren Antheil verzichtet, gemäß §. 71 des Verpflegungsreglements für das deutsche Bundesheer und des §. 761 des badischen Felddienstreglements unter die Unteroffiziere und Dragoner, im ganzen an 109 Mann vertheilt worden, nur einige beurlaubte Soldaten hätten ihren Antheil noch nicht in Empfang genommen.

Diese einzelnen Militärpersonen also solle Kläger als die rechten Beklagten belangen.

2) Kläger habe durch die betreffenden Vorgänge nur gegen den Stabhalter von Weickersteten einen vertragsmäßigen Anspruch auf Vergütung seiner Kosten erworben; gegen die Schwadron könne er nur wegen eines ihr wirklich zu gut gekommenen Vermögenszuwachses (ex versione in rem) klagen.

3) Das Verhältniß zwischen Stabhalter und Schwadron sei nicht das der Aufbewahrung, sondern der Leihe gewesen. Kläger habe hiernach die Pferde für seine landwirthschaftlichen Zwecke benützen dürfen, sei aber verpflichtet gewesen, sie dafür zu füttern und zu verpflegen, wie dies bei Verstellung von Pferden häufig geschehe.

4) Kläger habe von den Pferden so viel Vortheil als Auslagen gehabt und sie durch schlechte Behandlung und Fütterung um so viel in ihrem Werthe heruntergebracht, als seine Forderung betrage; Letztere sei damit als ausgeglichen zu betrachten.

5) Der Sohn des Klägers Johann Günther habe beide Pferde hierher gebracht und als Geschäftsführer (negotioeum gestor) seines Vaters eines derselben für 130 fl. vom Regimentscommando unter der Bedingung käuflich überlassen erhalten, daß Kläger für die Verpflegung beider Pferde keine Kosten anrechnen dürfe.

Johann Günther habe seinen Vater von den Bedingungen in Kenntniß gesetzt und dieser habe das Pferd als sein eigenes angenommen und die erwähnte Bedingung ausdrücklich und stillschweigend genehmigt.

Diesen Einwänden gegenüber blieb Kläger auf seinen Behauptungen bestehen, beziehungsweise erklärte die betreffende Darstellung des Beklagten als unrichtig oder ihm unbekannt, gab dagegen zu, daß Johann Günther ein Pferd für 130 fl. ankaufte, während das andere für 40 fl. an Dritte losgeschlagen wurde, bestritt jedoch namentlich das Eingehen der fraglichen Bedingung, sowie daß sein Sohn für ihn gekauft und er (Kläger) dies Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt habe.

Was nun zunächst den ersten Einwand des beklagten Fiskus anbelangt, daß er nicht der rechte Beklagte sei, so können bei Entscheidung dieser Streitfrage nur die allgemeinen staats- und völkerrechtlichen Grundsätze über den Krieg und sein Recht als maaßgebende Regeln dienen.

Es ist hierbei vor Allem festzuhalten, daß es seit der Bildung geordneter Staatenkörper kaum einen völkerrechtlich sanctionirten, lediglich im Interesse Einzelner unternommenen und nur zu ihrem Vortheil mit äußerer Gewalt durchgeführten Kampf gegen Einzelinteressen Anderer oder auch die eines ganzen Staatswesens mehr gab, und daß jedenfalls die neuere Entwickelung des

Digitized by Google

europäischen Staatslebens solche private Fehden oder Kriege auf eigene Faust fast völlig unterdrückt hat, wenn auch unter Umständen den Einzelnen noch eine gewisse selbstständige Kriegsthätigkeit, jedoch nur zur Unterstützung der Hauptkriegsunternehmungen oder Zwecke des Gesammtstaates gestattet werden kann, wie z. B. den Freicorps, Capern u. s. w. *)

Vergl. Heffter, Völkerrecht §. 105 ff., §. 113. 114. 124. 124a,
über Marodeurs §. 127. IV.

Alle eigentlichen kriegerischen Handlungen, welche häufig unter Umständen ausgeführt werden, die sie im Frieden allgemein als unerlaubt und strafbar erscheinen ließen, welche im Kriege aber innerhalb gewisser völkerrechtlicher Schranken statthaft und zweckdienlich sind, wie z. B. Angriffe auf Leib, Leben, Freiheit und Eigenthum der Bürger des feindlichen Staates, sind also gerechtfertigt, nicht durch den Beschluß der einzelnen Staatsangehörigen, sondern nur durch die Entschließung der nach der inneren Einrichtung des Staats hiezu befugten Organe desselben und jede einzelne dieser Handlungen soll deßhalb auch stets nur im Interesse des Gesammtstaates erfolgen.

Eine unter kriegerischen Verhältnissen stattgehabte Besitzergreifung fremder Habe (occupatio bellica) namentlich überträgt daher nach diesem Grundprinzipe nicht sofort privatrechtliches Eigenthum auf die einzelnen Okkupanten, sondern diese erwarben das fremde Gut als Repräsentanten des Staats zu Gunsten desselben; während der Staat wieder in Folge meist sehr verschiedenartiger innerer Bestimmungen diese Beute ganz oder theilweise denjenigen zukommen läßt, welche bei ihrer Erringung sich die größten Verdienste erworben haben.

Heffter §. 130, Recht auf einzelne feindliche Sachen überhaupt Abs. 2.
Heffter, Beuterecht an beweglichen Sachen §. 135.
Gaius, Lex 1 §. 1 und L. 5 §. 7.
Pr. Dig. de acquirendo rerum dominio (41. 1.)
Vinnius zu §. 17. Inst. de rerum divisione et qualitate.
Französisches Prisen-Reglement vom 11./22. Mai 1803. — Martens, Rec. VIII. 9.

*) Man gedenke auch Garibaldi's und der neuesten Ereignisse in Spanien. Anm. des Einf.

Tit. IX. Th. 1. §. 193—198 des allg. pr. L.R. über Beuterecht.
V. Witzleben, pr. Heerwesen 1868 I. S. 180. 254. 255 und 272.

Das preußische Reglement über Verwerthung der Beutepferde vom 5. April 1866 §. 10 besagt ausdrücklich: „Erbeutete Pferde gehören dem Staat, der Erbeuter erhält eine Prämie.

Vangerow I. §. 308.
Puchta, Vorl. Bd. I. S. 334.
Zachariä I. §. 200.
Toullier III. 371.
Duranton IV. 335 ff.

Es tritt dabei ein ähnliches Verhältniß ein, wie wenn z. B. der Besitzer eines Grundstücks auf demselben nach edlen Metallen, Schätzen oder dergl. graben läßt; auch hier fällt das Gefundene dem Eigenthümer des Grund und Bodens zu, während meist ein gewisser Antheil, namentlich eines unverhofft großen Fundes nach vorausgegangener Verabredung mit dem Auftraggeber dem einzelnen Entdecker zu gut kommt.

L.R.S. 577a. b. 598 und 716.

Diese Grundsätze sind auch im Wesentlichen in den vom bekl. Theile selbst angerufenen Verpflegungsreglement für das deutsche Bundesheer provisorisch genehmigt, durch Bundesbeschluß vom 31. Dezember 1863 und 21. Juni 1866 in den §§. 1. 3. 5 6. 14. 15. 16 Ende, 20. 25. 30. 45. 47. 48. 69 und 71 und in dem Felddienstreglement für die großh. bad. Truppen vom Jahr 1834 in §. 130. 133 und 761 zur Geltung gelangt.

Indem also im vorliegenden Falle badische Truppen zwei preußische Pferde in einem regelmäßigen Kriege als Beute gewannen, kam dieser Vortheil dem badischen Staate, nicht den einzelnen Dragonern, welche die Pferde ergriffen, oder einer Abtheilung derselben zu Gute, wenn auch der Erlös der Pferde nachträglich unter die einzelnen Escadronsmitglieder vertheilt wurde.

Der großh. badische Fiskus erscheint somit allerdings als der rechte Beklagte.

Ebenso unbegründet ist der zweite und dritte Einwand des beklagten Theils, daß das Verhältniß zwischen Stabhalter und Escadron nur das der Leihe gewesen, und daß Kläger nur ex versione in rem klagen könne.

Als der betreffende Trompeter nämlich die beiden Pferde dem Stabhalter, wie bekl. Seits behauptet, ohne

Digitized by Google

weitere Vertragsverbindlichkeiten festzusetzen — was bei der damaligen Lage der Dinge auch sehr wahrscheinlich ist — in Verwahrung übergab, so war, wie Beklagter selbst vermuthete, die naturgemäße Absicht desselben, beziehungsweise des in diesem Augenblicke durch ihn vertretenen Staates: der Stabhalter möge in geeigneter Weise für die fernere Erhaltung der Pferde bis auf Weiteres Sorge tragen.

Hierdurch wurde aber zweifellos kein Leihvertrag im Sinne des L.R.S. 1875 begründet, sondern ein Auftragsverhältniß, durch welches der Stabhalter stillschweigend ermächtigt wurde, das nach der Lage der Dinge und Natur der Sache Nöthige, beziehungsweise Zweckmäßige im Interesse des Staats mit den Pferden vorzunehmen, d. h. sie zunächst selbst oder durch Dritte verwahren und verpflegen zu lassen.

Selbstverständlich war es hierbei auch ohne ausdrückliche Zusage nicht die Absicht des Vertreters des Staates sowohl, wie des Stabhalters, daß Letzterer die betreffende Dienstleistungen, zu welchen er ohne Entschädigung nicht verpflichtet war und die lediglich im Interesse des Staats lagen, ohne Vergütung vornehme, sondern war vielmehr als stillschweigend bedungen anzunehmen, daß für die betreffende Hilfeleistungen eine entsprechende Belohnung Seitens des Staates zu entrichten sei.

L.R.S. 1108a und b. 1985 Abs. 2.

Vergl. Annalen 1867 S. 1. 25. 173 ff. Bd. XIV. S. 54.

Brauer, Erläuterungen VI. S. 201.

Zachariä, Bd. II. §. 410 und 411.

Lauckhard III. S. 298.

Daß aber in einem Nothfalle wie dem vorliegenden, um ein solches den Staat bindendes Vertragsverhältniß abzuschließen, nicht jeweils die regelmäßigen Vertreter der betreffenden Staatsorgane die Ermächtigung hiezu ertheilen müssen, ja auch nur können, sondern daß jeder Staatsangehörige im Fall der Noth die allgemeine Vollmacht besitzt, eine zum Vortheil des Staats gereichende Handlung vorzunehmen und ihn dafür aber auch verhältnißmäßig zu verpflichten, ist durch die Natur der Sache begründet.

Wenn der Staat nun auch allerdings nicht genöthigt ist, für jede derartige, oft nur scheinbare Fürsorge einzustehen und die Kosten derselben unbedingt zu tragen, so ist er, wie jeder gewöhnliche Gewaltgeber doch jedenfalls dann hiezu verbunden, wenn er sich die durch die betreffende Handlung erwachsenen Vortheile aneignet und damit das Verfahren des Dritten als seines Gewalthabers nachträglich ausdrücklich oder doch wenigstens stillschweigend genehmigt.

L.R.S. 1998 Abs. 2, 1338 und 1338a.

Dies ist nun in vorliegendem Falle zweifellos dadurch geschehen, daß der Staat durch die zuständige Militärbehörde die Pferde nachträglich versteigern ließ, den Erlös einzog und einen Theil desselben als Beutegeld unter die betheiligten Dragoner vertheilte.

Es ist daher unerheblich, ob das Commando des Leibdragonerregiments organisationsmäßig befugt war, auch noch ausdrücklich die Bezahlung der Fütterungskosten der Pferde zuzusagen oder nicht.

Uebrigens muß auch in dieser Handlung der von einem zuständigen Staatsorgane und daher den Staat vollkommen verpflichtend abgegebene Ausspruch gefunden werden, daß die Pferde ursprünglich im Auftrag und Interesse des Staats gegen Lohnzusage verstellt wurden, oder wenigstens, daß der Staat diese Geschäftsführung nachträglich genehmigte, da er sonst nirgends vor Beginn des Rechtsstreites seine Verantwortlichkeit für jene Zusage ablehnte, vielmehr noch bei der Versteigerung der Pferde durch die dem Johann Günther gestellte Bedingung, er erhalte das eine Pferd nur gegen Verzicht auf die Fütterungskosten, seine Verpflichtung zur Bezahlung derselben wiederholt anerkannte.

Oberhofg. Jahrb. n. F. X. S. 360 ff.

Seuffert, Archiv I. S. 172.

Der Stabhalter in Weickerstetten war endlich, was immer für ein ursprüngliches Rechtsverhältniß man zu Grunde legen mag, berechtigt, wenn er nicht in der Lage war, die Pferde selbst zu behalten, sie anderweit unterzubringen und der betreffende Dritte (hier der Kläger) erscheint vollkommen befugt, seine Forderungsansprüche direct gegen den Staat geltend zu machen.

L.R.S. 1988, 1994 und 1989a.

Der vierte Einwand des Beklagten stellt sich dagegen als in Rechten begründet dar.

Wenn nämlich auch Kläger, wie Beklagter selbst zugab, die Pferde für seine landwirthschaftlichen Zwecke benutzen durfte, da ein gänzliches Stillstehen der Thiere denselben eher nachtheilig gewesen wäre (L.R.S. 1930), so mußte er dieselben doch jedenfalls mit der Sorgfalt pflegen, wie seine eigenen, und für deren Erhaltung in

Digitized by Google

ordentlichem Stande als guter Hauswirth um so mehr sorgen, als er für seine Dienstleistungen einen Lohn zu empfangen hatte.

Vergl. L.R.S. 1927. 1928 Abs. 2. 1880. 1881. 1884 und 1992 Abs. 2.

Handelte Kläger dem zuwider, behandelte er die Pferde schlechter, als dies gewöhnlich der Fall zu sein pflegt, so muß er den Schaden, welcher dadurch erwuchs, vergüten und kann die durch solches aufreibende Verfahren herbeigeführte Werthsverminderung der Pferde allerdings zur Ausgleichung der klägerischen Kostenforderung geltend gemacht werden.

Die Feststellung des betreffenden Thatbestandes war zwar im gegebenen Falle aus verschiedenen sachlichen Gründen mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft: es wurde aber durch Zeugen und Sachverständige dennoch hergestellt, daß die Pferde in übertriebener Weise zur Arbeit angehalten und schlecht gepflegt wurden, und hiedurch — abgesehen von den allgemeinen Preisverminderungsgründen, in einem dem Prozentsatze nach nicht genau zu bestimmenden Grade an Werth verloren haben, daß somit Kläger allerdings nicht vollkommen das geleistet hat, was erforderlich gewesen wäre, um ihn zum vollen Ersatzanspruche zu berechtigen. Beim Mangel weiterer sicherer Berechnungsmittel dieses Mindermaaßes muß es aber gemäß §. 484. 588 und 589 der Pr.O. dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleiben, dasselbe festzusetzen.

Hiernach kann angenommen werden, daß Kläger den Pferden mindestens den vierten Theil der Pflege und Fütterung nicht angedeihen ließ, welchen er denselben als guter Hauswirth und bei der Anietzung voller Entschädigungspreise hätte zuwenden sollen und ist demgemäß die klägerische Forderung unter allen Umständen um ein Viertheil herabzusetzen.

Kläger braucht sich dagegen nicht, wie Beklagter glaubt, gemäß §. 30 des Verpflegungsreglements für das deutsche Bundesheer mit 42 kr. im Tag für das Pferd zu begnügen, weil die bezüglichen Bundesbeschlüsse bei uns keine gesetzliche Geltung besaßen, da sie nicht, wie §. 1 und 2 der Verfassung vorschreibt, vom Staatsoberhaupt für Baden publicirt worden sind; nach einem weiteren Gutachten ist übrigens der entsprechende Fütterungspreis für beide Pferde auch nicht wie verlangt, 2 fl. 30 kr., sondern nur 1 fl. 58 kr. im Tag.

Vergl. auch §. 16. 17 und 18 des Gesetzes vom 23. Mai 1844 Reggsbl. S. 83 und §. 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1860 S. 194.

Zum letzten Einwand, daß der Sohn des Klägers Joh. Günther eines der Pferde für 130 fl. als Geschäftsführer des Klägers unter der Bedingung gekauft, daß sein Vater auf die Kostenforderung für beide Pferde verzichten müsse, und daß Kläger dieses Geschäft nachträglich ausdrücklich und stillschweigend genehmigte, ist klägerischer Seits nur zugestanden, daß J. Günther das betreffende Pferd für 130 fl. kaufte, jedoch nicht für seinen Vater und nicht unter der angegebenen Bedingung.

Daß aber wenigstens ein Verzicht auf die Kostenforderung vom Käufer ausgesprochen wurde, ist durch Zeugen nachgewiesen.

Obgleich es nun ferner nach allen Verhältnissen wahrscheinlich ist, daß Johann Günther wirklich als Beauftragter seines Vaters handelte, so muß er nach der gesetzlichen Vermuthung der L.R.S. 1119 und 1122 zunächst doch als der Erwerber des Pferdes angesehen werden.

Uebrigens ist es rechtlich irrelevant, ob J. Günther von Anfang an die Absicht hatte, als Geschäftsführer seines Vaters für diesen zu erwerben, oder ob er ursprünglich für sich selbst kaufen wollte.

In beiden Fällen nämlich steht dem Beklagten nicht zu, Rechte aus diesem Vertrage gegen den Kläger geltend zu machen, wenn nicht dieser entweder das Geschäft als von Anbeginn für ihn abgeschlossen genehmigte, oder auch, wenn dies nicht der Fall gewesen, nachträglich in den Vertrag selbst eintrat, d. h. die bedungenen Rechte und Verbindlichkeiten als seine eigenen übernahm.

Ohne dieses spätere Eingreifen des Klägers könnte ein Klagrecht des Verkäufers auch bei vorausgesetzter Absicht des Sohnes, ein Geschäft für seinen Vater zu führen, höchstens dann gemäß L.R.S. 1166 als begründet erscheinen, wenn der Sohn wirklich ein nützliches Geschäft für den Vater geführt hätte, und daher selbst gemäß L.R.S. 1375 in der Lage wäre, Ersatz seiner hiewegen gehabten Auslagen vom Vater verlangen zu können.

Oberhofger. Jahrb. n. F. XIII. S. 276.

Daß nun aber der Sohn wirklich ein vortheilhaftes Geschäft für den Kläger abgeschlossen, ist nirgends behauptet und wäre auch ziemlich zweifelhaft.

Digitized by Google

Vergleiche über Verträge zu Gunsten Dritter.
Magazin II. S. 1 ff.
Zachariä II. §. 346.
Annalen 1860 S. 396.

Hiernach mußte im Uebrigen die Entscheidung des Rechtsstreites von Eiden abhängig gemacht werden, welche dem Kläger über seine, vom Beklagten behauptete, nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung seines Sohnes, beziehungsweise seinen sonstigen Eintritt in die ihm bekannten Kaufsverhältnisse zugeschoben wurden.

Sengler, Amtsrichter in Mannheim.

9.

Durch die Einreihung einer in einer Gant angemeldeten Forderung in die dritte, statt in die vierte Ordnung sind die Gläubiger fünfter Ordnung nicht beschwert!

Die Anfechtung dieser Location kommt daher nur den, bei der Berichtigung betheiligten, Vorzugs- nnd Unterpfandsgläubigern zu!

§§. 810. 812. 813. 814 der Pr.O.

Wenn der Gantanwalt bei Ausführung des Rechtsmittels der Appellation sich darüber beschwert, daß der Appellat — statt in die fünfte Klasse — in die dritte gesetzt worden sei und den Antrag stellt, den Appellaten in die fünfte Ordnung zu lociren, so darf in diesem Antrag nicht der eventuelle Antrag auf Verweisung in die vierte Ordnung gefunden werden, weil es für die Gläubiger der fünften Ordnung ganz unerheblich ist, ob der Appellat in der dritten oder vierten Ordnung eingereiht wird, der Gantanwalt also zu einem solchen eventuellen Antrag nicht legitimirt ist.

Denn wenn §. 884 (jetzt 312) der Pr.O. die Befugniß des Gantanwalts zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen das Gantурtheil auf diejenigen Theile des letzteren beschränkt, bei deren Abänderung auch die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger betheiligt ist, und ihm nur in dieser Beziehung die Vertretung der Masse gegen ein von einem einzelnen Gläubiger ergriffenes Rechtsmittel gestattet, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß der Gantanwalt auch nur solche Anträge auf Abänderung zu stellen berechtigt ist, bei welchen auch die Gesammtheit der vorrechtslosen Gläubiger betheiligt erscheint, mithin kein Gesuch stellen kann, dessen Bewilligung zwar einigen bevorrechteten Gläubigern zu gut käme, für die Creditoren der fünften Klasse aber völlig gleichgiltig wäre.

Mag auch in der ersten Instanz dem Gantanwalt, bevor der Classifikationsbescheid verkündet ist, in Bezug auf die Untersuchung der Liquidität und Priorität der angemeldeteten Forderungen eine ausgedehntere Befugniß zustehen, so bestimmt doch das Gesetz genau die Fälle, in welchen er nach der Verkündung des Gantурtheils zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimirt ist; es zieht hier engere Grenzen für seine Befugnisse und verordnet, daß in den übrigen Beziehungen das Urtheil in Rechtskraft übergehen soll. Die Grundsätze von der Rechtskraft würden aber verletzt, wenn man Gläubigern bevorzugter Klassen, obschon sie sich bei der ihnen durch den Ordnungsbescheid angewiesenen Stellung vollkommen beruhigten, in Folge eines von dem Gantanwalt ergriffenen Rechtsmittels eine noch bessere Lage bereiten wollte, ohne daß dies der Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger irgend zu gut käme.

Dies wäre aber der Fall, wenn auf die von dem Gantanwalt ergriffene Appellation der Appellat aus der dritten in die vierte Ordnung zurückgesetzt würde, denn dies käme lediglich den ihm nachgesetzten Gläubigern der dritten und vierten Ordnung zu gut, welche kein Rechtsmittel eingelegt haben und würde dagegen die Lage der fünften Klasse ganz unberührt lassen.

Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 20. Dezember 1853, No. 5311, In Sachen Martin gegen Greulich. Red.

10.

Ueber die rechtliche Natur einer öffentlichen Ankündigung.

Die Frage nach der rechtlichen Natur einer öffentlichen Ankündigung, welche den Gegenstand unserer Erörterung bilden soll, dürfte für die Anwendung im Rechtsleben nicht ohne ein gewisses Interesse sein, denn die Ansichten gehen sowohl in der Theorie als Praxis noch ziemlich weit auseinander. Nicht selten werden den Entscheidungen einzelner Fälle geradezu Sätze unterlegt, von deren Anwendung nicht im entferntesten die Rede sein kann, während auf der andern Seite wie-

Digitized by Google

der von einem bestimmten allgemein giltigen Princip ganz abgesehen und das Hauptgewicht auf die begleitenden Umstände oder die Billigkeit gelegt wird. So hat z. B. der Cassationshof zu Paris in einem Urtheile vom 21. April 1857, (Sirey 58 I. S. 76) den Satz aufgestellt, daß eine Eisenbahnverwaltung ohne die triftigsten Gründe nicht berechtigt sei, zum Weitertransport übergebene Waaren, oder Reisende zurückzuweisen.

Von der gleichen Ansicht ist auch der Gerichtshof von Aix in seinem Urtheil vom 8. Februar 1853 (Sirey 53 II. 251) ausgegangen, indem er einer Dampfschiffahrtsgesellschaft, die in Zeitungen und öffentlichen Anschlägen ihr Unternehmen und den Tarif angekündigt hatte, das Recht nicht zugestand, die Waaren, so lange noch Platz auf dem Schiffe sei, zurückzuweisen oder vor in gleicher Weise erfolgter öffentlichen Bekanntmachung einen andern Tarif einzuführen.

In einem weitern Urtheile vom 12. Mai 1854 (Sir. 54 I. S. 500) hat der Cassationshof ausgesprochen, daß Krämer und Handelsleute, welche sich öffentlich mit dem Verkaufe der nothwendigsten Lebensmitteln befassen, z. B. Bäcker, Metzger, Salzverkäufer, zumal wenn sie keine Concurrenten im Orte haben, die Abgabe derselben (natürlicher Weise gegen Baarzahlung) nicht verweigern dürfen.

Dagegen liegen wieder Urtheile vor, daß ein Gastwirth nicht verpflichtet sei, die Gäste aufzunehmen, und daß ein Kaufmann das Recht habe, die Kaufliebhaber zurückzuweisen, weil ein Zwang in dieser Beziehung gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit verstoße.

Vergl. Sirey, 54 I. 500.
57 I. 718.
58 I. 80.
64 I. 99.

Und doch scheinen die verschiedenen Fälle nach den gleichen Grundsätzen entschieden werden zu müssen.

Betrachten wir nämlich das Wesen eines zweiseitigen Vertrags genauer, so ergibt sich, daß derselbe aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen besteht, aus Angebot und Annahme. Bei der Frage, ob ein perfekter Vertrag vorliege, kommt es daher nur auf die Untersuchung an, ob ein Versprechen gegeben und Annahme erfolgt, oder ob nur eine einseitige Willenserklärung abgegeben worden sei.

In dieser Beziehung ist die Frage also vorzugsweise eine Thatfrage. Kehren wir aber zu unserm speziellen Falle zurück, so liegt der Schwerpunkt gerade darin, ob durch eine öffentliche Ankündigung (Waare und Preis wird immer als bestimmt vorausgesetzt) gegenüber dem Publikum eine fortdauernde Verpflichtung begründet werde, welche nur durch eine auf gleichem Wege erfolgte Bekanntmachung für die Zukunft wieder aufgehoben werden könne, bis dahin aber gegenüber jedem Vertragslustigen bestehen bleibe, oder ob der Ankündigende noch die Wahl der Annahme oder Zurückweisung habe, mit andern Worten, ob in der öffentlichen Ankündigung, der Anzeige, Auslage der Waaren ꝛc. ein Angebot von Seite einer vertrags-, z. B. verkaufslustigen Person an eine Mehrheit noch unbestimmter Personen liege, und ob ein derartiges an keine bestimmte Persönlichkeit, an kein künstliches Rechtssubjekt, sondern an das Publikum, die unorganisirte, keinen rechtlichen Willen habende Masse gerichtetes Angebot giltig, d. h. im rechtlichen Sinn als solches anzusehen sei, oder ob darin nur eine Einladung zu einem Angebot, eine Anzeige, daß hier Gelegenheit zum Contrahiren gegeben werde, gefunden werden könne?

Ist Ersteres der Fall, so ist der Vertrag perfect, sobald sich ein Liebhaber unter den angekündigten Bedingungen stellt und die Ankündigung annimmt.

In diesem Augenblick ist der Anbietende gebunden, und kann den andern Theil ohne vertragsbrüchig und deßhalb entschädigungspflichtig zu werden, nicht zurückweisen. Ja es wird nicht einmal die Bezahlung des Preises erforderlich sein, da mit der Uebereinstimmung über den Gegenstand und Preis der Vertrag abgeschlossen und wegen Nichteinhaltung oder Nichterfüllung der Bedingungen nur die Wiederauflösung gestattet ist.

Im zweiten Fall verhält es sich aber gerade umgekehrt. Enthält die Ankündigung nur die Bedeutung, daß Gelegenheit zum Contrahiren gegeben werde, so hat nicht der Ankündigende ein Angebot gemacht, sondern er erwartet erst ein solches.

Das Angebot geht also erst von demjenigen aus, der durch die Ankündigung angelockt wurde.

Vermöge der Vertragsfreiheit kann der Ankündigende es annehmen oder zurückweisen. Erst mit der Annahme gelangt der Vertrag zum Abschluß.

Wie wir aus den Eingangs erwähnten Urtheilen ersehen, haben beide Ansichten ihre Vertreter gefunden. Die Anhänger der erstern nehmen eine Art Vertrag mit dem Publikum, eine continuirliche Einladung zum Vertragsabschlusse, ein fortdauerndes Angebot von Sachen

Digitized by Google

oder Dienſten an, das nur auf dem gleichen Wege der Oeffentlichkeit (d. h. gegenüber dem Publikum, das die andere Vertragsperſon darſtellen ſoll), ſowohl was das Vertragsanerbieten als auch deſſen Modifikationen betrifft, wieder abgeändert werden könne.

Ein Zweifel, ob ein derartiges an das Publikum gerichtetes Angebot eine rechtliche Wirkung haben könne, ſcheint bei den franz. Juriſten nicht obzuwalten, wenigſtens haben ſie dieſe Frage nirgends berührt. Von dieſem Standpunkte aus dürfte daher die Frage einfach ſo liegen: Iſt die Ankündigung der Art, daß darin der unzweideutige Ausdruck eines Angebots gefunden werden muß, ſo iſt der Vertragsabſchluß durch die Annahmeerklärung von Seite einer beliebigen Perſon vollendet.

Ergibt ſich aber aus den Umſtänden, daß die Ankündigung nur eine Einladung zum Contrahiren enthält, ſo iſt noch der Zuſchlag erforderlich.

Bei Beurtheilung über die Bedeutung und die Ernſtlichkeit einer ſolchen Ankündigung fällt ſodann das allgemeine Wohl bedeutend in das Gewicht.

Betrachten wir aber noch die weiter von den franz. Juriſten nicht beachtete Frage, ſo finden wir z. B. im römiſchen Rechte den beſtimmten Grundſatz, daß eine derartige Ankündigung an das Publikum, als an eine persona incerta gerichtet, kein Angebot enthalte, als bindende Offerte nicht angeſehen werden könne.

l. 10, l. 21, D. 45. 3.

v. Ihring, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römiſchen und deutſchen Privatrechts, Bd. VII. S. 5 ff. S. 170.

Der Grund liegt offenbar darin, daß, ſofern eine Propoſition nicht an eine, ſondern eine unbeſtimmte Anzahl von Perſonen gerichtet iſt, dem Proponenten keine Perſönlichkeit mit rechtsfähigem Willen gegenüberſteht, und daher von einer Seite, wo es an einem willensfähigen Rechtsſubjekt fehlt, auch eine Zuſtimmung nicht erfolgen kann.

Man könnte freilich einwenden, daß ſich dies ändere, ſobald aus der Menge eine beſtimmte Perſönlichkeit heraustritt und ſich für die Annahme des Angebots erklärt. Allein dieſer beſtimmten Perſönlichkeit gegenüber iſt eben das Angebot noch nicht gemacht, ſie kann es daher auch nicht annehmen.

Man hat zwar darüber geſtritten, ob die römiſche Anſchauungsweiſe auch heute noch gelten könne; die Anſicht der bedeutendſten Schriftſteller ſpricht ſich aber für die Bejahung der Frage aus.

v. Ihring am angeführten Ort S. 173 und Unger, ebendaſelbſt Band VIII. S. 134 ff.

Nur in einem Fall, bei der ſogenannten Auslobung, d. h. bei einem öffentlichen durch eine zu erzielende Leiſtung bedingten Verſprechen wird von der Praxis eine Klage geſtattet, alſo z. B. wenn Jemand in einem öffentlichen Blatte dem redlichen Finder einer Sache eine Belohnung zuſichert.

Eine Ausdehnung über dieſen Fall iſt nicht bekannt, ſie wäre jedenfalls mit großen Gefahren für den öffentlichen Verkehr verbunden. So müßte z. B. in dem von Ihring angeführten Beiſpiele, wenn von Hamburg eine telegraphiſche Depeſche eingetroffen, welche eine bedeutende Preisſteigerung eines öffentlich angebotenen Artikels meldet, der Ankündiger ſeinen einmal veröffentlichten Tarif beibehalten, und den Artikel bis zur öffentlichen Zurücknahme des Tarifs allen Käufern, ſelbſt den Concurrenten zum alten Preiſe ablaſſen. Gegen einen Kaufmann, fährt Ihring fort, würde man über dieſe Frage kein Wort zu verlieren brauchen, er würde ſich vor uns Juriſten kreuzigen, wenn wir ihm aus ſeinen Ankündigungen verbindliche Offerten (pacta de vendendo) machen und ihn damit gebunden dem Publikum überliefern wollten.

Bezüglich der Frage, ob ein Gaſtwirth verpflichtet iſt, die ſich anmeldenden Gäſte aufzunehmen, verweiſe ich auf die Ausführung in v. Vangerow's Pand. Bd. III. §. 648, wo der Anſicht Madai's, der aus allgemeinen Gründen den Satz zu rechtfertigen ſucht, daß der Gaſtwirth allerdings zur Aufnahme der ſich meldenden Reiſenden verpflichtet ſei, da in der durch Anheften eines Schildes, durch Zeitungs-Annoncen und dergl. geſchehenen öffentlichen Ankündigung eine giltige Offerte enthalten ſei, welche durch die bloſe Acceptation des Andern zu einem bindenden Vertrage werde, und der Reiſende durch die Einkehr in den Gaſthof ſeine Acceptation erkläre, treffend Folgendes entgegnet wird: „Meines Erachtens liegt in einer ſolchen öffentlichen Ankündigung nicht ſowohl eine Offerte als vielmehr nur eine Aufforderung zum Paziſciren, nicht anders, wie dies bei ſolchen öffentlichen Ankündigungen eines Handwerkers, Kaufmanns, der Fall iſt; zum wirklichen Abſchluß des Vertrags gehört alſo immer noch der ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſprochene Conſens des Gaſtwirths."

Digitized by Google

Zur Zahl dieſer unverbindlichen Ankündigungen gehören auch die öffentlich bekannt gemachten Fahrpläne der Poſt-, Eiſenbahn-, Dampfſchiff- u. Omnibusverbindungen. So ſehr das Publikum bei Innehaltung derſelben intereſſirt iſt, ſo wenig läßt ſich der gewünſchte Zweck in privatrechtlicher Form erreichen, d. h. in der Weiſe, daß man jenen Ankündigungen eine verbindende Kraft in personam incertam beilegte. Die Obligation entſteht erſt durch Löſung des Billets, vorher kann von einem Obligationsverhältniß keine Rede ſein.

Unſer Landrecht gibt über die vorwürfige Frage keine ausdrückliche Antwort, wir ſind deßhalb auf allgemeine Grundſätze und Geſetzesanalogien verwieſen.

Die erſtern haben wir ſchon angedeutet. Was aber die zweite für die richtige Entſcheidung unſerer Frage ſich darbietende Quelle betrifft, ſo glaube ich mit Recht auf die Lehre von den Verſteigerungen, bei denen ganz daſſelbe Verhältniß ſtattfindet, verweiſen zu dürfen, und zwar auf die §§. 895 und 943/46 der bad. Pr.O., wo überall erſt der Zuſchlag als maaßgebend erklärt iſt. Die öffentliche Steigerungsankündigung enthält alſo noch kein bindendes Angebot, dieſes geht vielmehr erſt vom Steigerer aus. Allerdings enthalten die Steigerungsbedingungen oft, und bei Zwangsverſteigerungen das dieſe Bedingungen vertretende oder ergänzende Geſetz, das Geding, daß das höchſte Gebot, wenn der Schätzungspreis oder darüber geboten werde, angenommen werden müſſe. Allein dieſe im Intereſſe des öffentlichen Credits erlaſſene Beſtimmung darf gewiß nicht über ihren Zweck ausgedehnt werden.

Daß aus Art. 337 des a. d. H.R. kein Präjudiz gegen unſere Anſicht abgeleitet werden könne, iſt faſt allgemein anerkannt.

v. Endemann S. 461 und 504,

v. Hahn, Commentar S. 183.

Vergl. dagegen Gad zu Art. 337.

Wollte man auf denſelben, obſchon er nur von mehreren beſtimmten Perſonen ſpricht, einiges Gewicht legen, ſo könnte dadurch unſere Anſicht nur beſtärkt werden, denn, wenn das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere (beſtimmte) Perſonen durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichniſſen, Proben oder Muſtern geſchieht, kein verbindlicher Antrag zum Kauf iſt, ſo kann ein Anerbieten an eine unbeſtimmte Menge, das Publikum, dies noch viel weniger ſein. Nähme man die Zuläſſigkeit der Stellung einer ſolchen Offerte an, ſo wäre eine Affiche im Verkaufslokal oder an den zum Verkauf ausgelegten Waaren eine Offerte inter praesentes, die aber nach Artikel 318 jederzeit, bevor die Acceptation erfolgt iſt, widerrufen werden kann. Als eine Offerte inter absentes wäre eine in Zeitungen inſerirte anzuſehen. Wie lange ſoll der Offerent in dieſem Fall an ſein Wort gebunden ſein, namentlich bei Artikeln, die täglich den ſtärkſten Preisſchwankungen unterliegen?

Käme dies nicht einem Verbot der öffentlichen Ankündigung ſelbſt gleich, würde man nicht dem Handel, der überall auf den höchſt möglichen Nutzen abzielt, und zu dieſem Zweck alle erlaubten Mittel anwendet, dadurch den größten Hemmſchuh anlegen, daß man ihm verbietet, ſein Beſtehen öffentlich bekannt zu machen?

Dagegen ſoll nicht geläugnet werden, daß gewiſſe polizeiliche Beſchränkungen des ſonſt freien Verkehrs nothwendig werden können. Dies iſt in §. 18 des Gewerbegeſetzes und §. 39 der Vollzugsverordnung hiezu auch vorgeſehen. Allein es iſt eben ein großer Unterſchied, ob Jemand polizeilich zu etwas angehalten oder ob er auf gerichtliche Klage zur Erfüllung oder Entſchädigung verurtheilt werden kann.

Gerade aber dadurch, daß der Geſetzgeber einzelnen Gewerbtreibenden im öffentlichen Intereſſe gewiſſe allgemeine und fortdauernde Einſchränkungen auferlegt (abgeſehen von der Beſeitigung einzelner ordnungswidriger Zuſtände, welche in §. 30 des P.Str.G.B. vorgeſehen iſt), z. B. daß Omnibusführer die Taxe einhalten, zu beſtimmter Zeit fahren, keine Vorbeſtellungen annehmen dürfen, ſondern den zuerſt ſich Anmeldenden aufnehmen müſſen, ergibt ſich, daß denſelben civilrechtlich die volle Vertragsfreiheit zuſtehe, denn, wenn ſchon ein civilrechtlicher Zwang beſtünde, ſo wäre der polizeiliche nicht nöthig.

Nach einem in Sirey 68 I. S. 193 mitgetheilten Urtheile vom 3. Dezember 1867 hat indeß der Caſſationshof einen Omnibusführer, weil er ohne Grund und obſchon die Plätze ſeines Wagens noch nicht vergeben waren, einen Reiſenden zurückgewieſen, auf den Grund des L.R.S. 1382 zur Entſchädigung angehalten; bez. die gegen das verurtheilende Erkenntniß ergriffene Nichtigkeitsbeſchwerde verworfen. Soiern die unrechte That in der Verletzung einer Polizeivorſchrift gefunden werden ſollte (was ſich aber aus den Entſcheidungsgründen nicht ergibt), dürfte das Urtheil gerechtfertigt ſein. Nicht

Digitized by Google

einzusehen aber ist, wie wegen einer nach Ansicht des obersten Gerichtshofes eingetretenen Vertragsverletzung Entschädigung auf die Bestimmung des Art. 1382 hin zugesprochen werden könnte; während doch höchstens die Art. 1146 ff. hätten zur Anwendung kommen können.

Hiernach resumirte sich unsere Ansicht dahin: die öffentliche Ankündigung ist nicht als eine Offerte anzusehen, welche nur der Acceptation eines Dritten bedarf, um zu einem rechtsverbindlichen Vertrage zu führen, sie ist vielmehr nur eine Proposition, Offerten zu machen, so daß erst die einzelnen Gebote der Liebhaber als Offerten anzusehen sind, welche noch der Annahme des Proponnenten bedürfen.

Der Kauflustige hat also die emtio und der Verkäufer darauf die venditio abzuschließen.

Eine Entschädigungsklage wegen Nichterfüllung findet nicht statt, und ebensowenig kann in der, wenn auch grundlosen, Verweigerung der Annahme der Offerte eine zur Entschädigung verpflichtende Handlung erblickt werden. A. Schmidt, Kreisgerichtsrath.

12.

Rechtspolizeiliche Zuständigkeit zur Prüfung von Theilungen.

Der Beruf zur Prüfung der Theilungen, wobei Minderjährige betheiligt sind, ist nach L.R.S. 466. 819. 833 ein Ausfluß der richterlichen nicht der obervormundschaftlichen Gewalt, der Gerichtsnotar des Erbschaftswohnsitzes erscheint daher hierzu allein als zuständig.

Vergl. §. 2 Ziff. 4 des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Allein der Streit zwischen verschiedenen Amtsgerichten (Gerichtsnotaren) über die Zuständigkeit zur Prüfung von Theilungen ist von großh. Justiz-Ministerium zu entscheiden.

Vergl. §§. 4. 5. 28 des oben genannten Gesetzes.

Die Richtigkeit dieser Sätze ist von großh. Justiz-Ministerium in den Erlassen v. 18. September 1868, No. 8304, die Verlassenschaft des Joh. Nep. von Khuon-Wildegg von Stauffen betr., und vom 10. Dezember 1868, No. 10,718, die Verlassenschaft der Amtsregistator Jakob Perino Ehefrau, Kath. geb. Fleuchaus von Mannheim betr., in folgender Begründung anerkannt:

„Aus der Rechtsähnlichkeit der §§. 4. 5. 28 des Gesetzes vom 28. Mai 1864 über Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Notariat ergibt sich, daß dem Justizministerium zukommt, die Streitigkeiten über die Zuständigkeit zur Prüfung von Theilungen zu entscheiden.

Für die Hauptfrage ist die Betrachtung maßgebend, daß die Prüfung der Theilungen durch die Amtsgerichte (§. 2 Ziff 4 d. a. Gesetzes) zu dem Zwecke und in der Absicht eingeführt wurde, die Vornahme der Theilungen durch die Gerichte zu ersetzen, die gerichtliche Natur der Theilungen im Sinne der L.R.S. 466 819. 838 zu sichern. Dies ergibt sich insbesondere aus den Erklärungen, welche — sichtlich im Einverständnisse mit der großh. Regierung — die Commissionen beider Ständekammern bei der Berathung des angeführten Gesetzes in ihre Berichte niedergelegt haben. (Beilage zum Protokoll der Sitzungen I. Kammer vom 27. April 1863 S. 12 und Beilagen zum Protokoll der Sitzungen II. Kammer vom 5. April 1864 S 22.)

Hieraus folgt, daß jene Prüfung nicht ein Ausfluß obervormundschaftlicher, sondern richterlicher Gewalt ist, daß nicht das Amtsgericht, welchem die Obervormundschaft zusteht, sondern das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Erbe anfiel, zu deren Vornahme zuständig ist."

Dabei hat großh. Justiz-Ministerium noch besonders erwähnt, daß für diese Gesetzesauslegung auch Gründe entschiedener praktischer Zweckmäßigkeit sprechen.

13.

1) Ein zur Zeit des Eintritts des Fischereigesetzes vom 10. April 1848 bereits aufgehobenes Erblehen gibt kein Recht auf Fortbestand des Privatfischereirechts.
2) Unter den im Fischereigesetz als fortbestehend ausgenommenen Erblehen sind nur solche am Fischereirechte selbst zu verstehen, nicht aber das als Zugehörde eines Erblehengutes erscheinende Fischereirecht.
3) Das in L.R.S. 644 dem Anstößer gegebene

Digitized by Google

Recht der Benützung eines nicht zum Staatseigenthum gehörigen, fließenden Wassers findet auf das Fischereirecht keine Anwendung.

4) Die über Fortbestand eines Privatfischereirechts abgeschlossenen Verträge von Seiten einer Landgemeinde oder einer Stadt unter 3000 Einwohner sind ohne Staatsgenehmigung ungiltig.

So erkannte das Kreisgericht Baden In Sachen der Gemeinde Ottenhöfen gegen Fidel Bluft Ehefrau durch das in Rechtskraft erwachsene Urtheil vom 9. Juli 1868 aus folgenden Gründen:

Die erhobene Klage, wodurch die Beklagte zur Anerkennung des der Klägerin in dem Unterwasserbach zustehenden Fischereirechts und zur Unterlassung der Ausübung desselben durch die Beklagte angehalten werden soll, ist rechtlich in den Gesetzen vom 10. April 1848, Regierungsblatt No. 23 und vom 29. März 1852, Regierungsblatt No. 15, insbesondere in §. 1 Ziff. 3 des letzteren Gesetzes, begründet; auch die Thatsachen, auf welche sich die Klage stützt, insbesondere, daß der Unterwasserbach kein schiffbarer oder floßbarer Fluß ist, sind zugestanden, während andererseits von beklagter Seite nicht behauptet werden konnte, daß der fragliche Bach in einer Ausdehnung von mindestens 500 Ruthen das Eigenthum der Beklagten durchströmt, oder doch wenigstens in dieser Ausdehnung an der Grenze des Eigenthums der Bekl. hinfließt. Es kommt hiernach nur noch auf die von beklagter Seite erhobenen Einwendungen an.

Auf §. 1 am Ende des Gesetzes vom 29. März 1852 gestützt, verlangt nämlich die Beklagte in erster Reihe die Aufrechterhaltung ihres Fischereirechts, da dasselbe einen Bestandtheil ihres, ursprünglich als Erblehen ihren Rechtvorfahren verliehenen, Bauerngutes bilde; diese Thatsachen sind zugestanden, anderseits ist aber unbestritten, daß dieses Erblehen im Jahre 1831 allodificirt worden ist.

Zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vom 10. April 1848 hatte daher das Bauerngut, und das mit demselben verbundene Fischereirecht, längst den Charakter eines Erblehens verloren. Nach dem Wortlaut des §. 1 des Gesetzes vom 29. März 1852, wornach die als Erblehen verliehenen Fischereirechte aufrecht erhalten bleiben sollen, ist es aber klar, daß nur die bei Erlassung des Gesetzes vom Jahr 1848 als Erblehen noch bestehenden Fischereirechte nicht aufgehoben werden sollen und es darauf nicht ankommen kann, ob ein zur Zeit der Erlassung des Gesetzes nicht mehr als Erblehen bestehendes Fischereirecht früher diesen Charakter hatte. Diese letztern Fischereirechte sind vielmehr durch das Gesetz vom 10. April 1848 als aufgehoben zu betrachten.

Annalen XXXII. S. 9.

Zudem hat aber der §. 1 des Gesetzes vom 29. April 1852 offenbar selbstständige, als Fischereirechte verliehene, Erblehen im Auge, während im vorliegenden Falle das Fischereirecht nur als Zugehörde eines ursprünglich als Erblehen verliehenen Bauerngutes erscheint, es könnte daher keinenfalls von der Beklagten die Aufrechthaltung ihres Fischereirechtes verlangt werden.

Die Beklagte behauptet ferner, der Unterwasserbach sei in Bezug auf ihr Gut ein Wasser im Sinne des L.R.S. 644 und stehe ihr deßhalb das Fischereirecht in demselben zu; allein dieser L.R.S. spricht in seinem ersten Absatz nur von Benutzung des Wassers zur Bewässerung und in dem zweiten Absatz unter den dort angegebenen Voraussetzungen von der Benützung des Wassers überhaupt; es ist jedoch nach allgemeinem Sprachgebrauch in der Benützung des Wassers keineswegs auch die Tödtung und Aneignung der in dem Wasser enthaltenen Fische begriffen, sonst hätte der Eigenthümer von Grund und Boden, dem doch die Benützung desselben im ausgedehntesten Maaße zusteht, auch das Recht, das auf seinem Grund und Boden befindliche Wild zu tödten und sich anzueignen; zudem ergibt sich aber aus L.R.S. 715 mit Bestimmtheit, daß der L.R.S. 644 auf die Fischerei keinen Bezug haben kann, da hieraus hervorgeht, daß das Landrecht überhaupt keine Bestimmungen über die Fischerei geben wollte.

Es erscheint demnach auch diese Einrede in Rechten nicht begründet.

Endlich wird von der Beklagten geltend gemacht, daß, wie auch vom Gegentheil zugestanden ist, am 17. März 1856 ein Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten in Gemäßheit des §. 13 des Gesetzes vom 29. März 1852 zu Stande gekommen sei, wornach der Beklagten die Ausübung der Fischerei im Unterwasserbach ferner überlassen worden ist, und daß in Folge dieses Vertrages die Beklagte die Fischerei bis jetzt ausgeübt hat; von beklagter Seite konnte jedoch nicht behauptet werden, daß diesem Vertrag, Namens der klägerischen Gemeinde

Digitized by Google

die Staatsgenehmigung ertheilt worden sei. Es kann nun wohl keinem Zweifel unterliegen, daß das Fischereirecht ein dingliches Recht an einer Liegenschaft ist; der §. 172 II. Ziff. 1 der Gem.Ord. in Verbindung mit §§. 141 und 146 allda schreibt aber vor, daß zur Veräußerung eines jeden einer Landgemeinde gehörigen dinglichen Rechtes die Staatsgenehmigung erforderlich ist; durch das Gesetz vom 10. April 1848 war aber das Fischereirecht der Beklagten aufgehoben und dasselbe der klägerischen Gemeinde zugefallen; wenn daher durch den Vertrag vom 17. März 1856 dieses Fischereirecht der Beklagten wieder übertragen werden sollte, so liegt hierin eine Veräußerung desselben von Seiten der klägerischen Gemeinde, zu deren Gültigkeit nach dem Obigen die Staatsgenehmigung erforderlich ist. Annalen XXVI. S. 90. Da aber die erfolgte Staatsgenehmigung zu dem Vertrag vom 17. März 1856 nicht behauptet werden konnte, ist derselbe Seitens der klägerischen Gemeinde als nicht endgültig abgeschlossen zu betrachten und kann sich daher die Beklagte auf diesen Vertrag der Klägerin gegenüber nicht berufen.

Darnach konnte auch auf diese letzte Einrede keine Rücksicht genommen und mußte nach dem Klagbegehren Urtheil gegeben werden.

Dr. Puchelt.

14.

Ueber die Anwendung des §. 122 der Pr.O.

sprechen sich die Entscheidungsgründe zum Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 10. Dezember 1868,

In Sachen

der Erben des Oswald Sillmann von Freiamt ꝛc., Kläger, Appellanten, Oberappellanten

gegen

Gottlieb Sillmann von Freiamt, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Erbtheilung betreffend,

— wie folgt aus:

ꝛc. Nach §. 122 der Pr.O. ist der Antrag einer Partei auf Beiladung eines Dritten zum Streit insbesondere auch in dem Falle zulässig, wenn der Dritte mit einer Partei in Bezug auf den einzelnen Rechtsstreit in einem solchen Verhältnisse steht, daß eine von der Partei vorzunehmende Handlung nur durch diesen Dritten geschehen kann, und als ein Fall dieser Art wird in §. 123 vergl. mit 528 insbesondere der angeführt, wenn der Dritte zur Erklärung oder Eidesleistung über eine von ihm angeblich vorgenommene Rechtshandlung aufgefordert werden soll, in so ferne diese Erklärung oder Eidesleistung von Erheblichkeit sein kann.

Der Zweck des Gesetzes ist hiernach, daß da, wo eine den Streit entscheidende Thatsache in Frage liegt, deren Wahrheit nur durch eine dritte Person constatirt werden kann, diese Person zur entscheidenden Erklärung in den Streit hereingezogen werden kann.

Das Gesetz bestimmt nun zwar die Fälle, in welchen auf diesen Grund hin die Beiladung statt haben soll, nicht näher; allein aus den Motiven und namentlich dem Commissionsberichte der II. Kammer zu §. 118 der Pr.O. vom Jahr 1851, in welcher der §. 114 jetzt 123 neu aufgenommen worden ist, ergibt sich, daß dies absichtlich unterlassen worden ist, und daß man hierin vielmehr dem richterlichen Ermessen freieren Spielraum lassen wollte. Hierbei wird es aber immer von Wesenheit sein, ob die Erklärung des Dritten auch gegenüber derjenigen Partei, gegen welche sie benützt werden soll, von rechtlicher Wirkung, ob sie ihr gegenüber also erheblich ist. ꝛc.

ꝛc. Der Zulässigkeit der Beiladung kann der Umstand nicht entgegenstehen, daß dem Beklagten auch das Mittel der Eideszuschiebung an die Kläger selbst zustehen würde. Denn es kann die Bestimmung des §. 122 nicht in der Weise strict ausgelegt werden, daß damit eine absolute Unmöglichkeit der Vornahme der fraglichen Handlung durch die betreffende Proceßpartei gemeint sein sollte, weil jene Vorschrift hierdurch ohne alle Wirkung bleiben würde; man muß dieselbe vielmehr auch auf den Fall anwenden, wo die betreffende Handlung mit mehr Wirksamkeit durch den Dritten vorgenommen werden kann, als sie von der Partei selbst in einer andern Form vorgenommen werden könnte, also namentlich auch auf den hier vorliegenden Fall, wo der Dritte allein nur den Wahrheitseid leisten kann, während der Proceßgegner nur zur Leistung des Fides in der immerhin sehr precären Form des Nichtwissens angehalten werden könnte ꝛc. Red.

Digitized by Google

15.

Dem Gantrichter kommt es nicht zu, die Versteigerung des Massevermögens von Amtswegen anzuordnen und zu diesem Zwecke den Gantmann aus der Wohnung auszuweisen.

Gegen eine solche Maaßregel hat der Gantmann das Rechtsmittel der Beschwerdeführung.

In Sachen
mehrerer Gläubiger
gegen
die Gantmasse des Schmiedmeisters Alexander Soder von Riedmatt,
Forderung und Vorzug betreffend,

hatte das großh. Amtsgericht Säckingen als Gantgericht vor der Ernennung eines Massepflegers und ehe ein Antrag der Gläubiger gestellt war, mit Verfügung vom 12. Juni 1865 die Zwangsversteigerung der Liegenschaften und Fahrnisse des Gemeinschuldners angeordnet, und diesem weiter aufgegeben, innerhalb 3 Tagen bei Vermeidung der Vollstreckung seine zur Gantmasse gehörige Wohnung zu räumen.

Auf die gegen diese Maaßregel geführte Beschwerde erkannte der Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz am 27. Juni 1865:

In Erwägung, daß das Rechtsmittel der Beschwerde sowohl wegen der Bestimmung des §. 1157 Ziff. 5 der Pr.O. als nach Analogie §. 556 der Pr.O. wegen Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift bei Vornahme einer Vollstreckungsverfügung, §. 1157 Ziff. 8 der Pr.O. statthaft ist;

in Erwägung, daß durch die Erklärung der Vermögensunzulänglichkeit eines Schuldners und durch ein Ganterkenntniß das Eigenthum an den abgetretenen Gütern nicht auf die Gläubiger übertragen wird (L.R.S. 1269);

in Erwägung, daß vielmehr hiedurch nur einerseits der Gemeinschuldner kraft Gesetzes der Verwaltung seines ganzen Vermögens verlustig wird, §. 716 der Pr.O., und anderseits die Gläubiger das Recht erhalten, auf Veräußerung der Masse anzutragen (§. 734. 837 ff., 777 bis 779 der Pr.O);

in Erwägung jedoch, daß dem Gantgericht nur die Befugniß zusteht, und die Pflicht obliegt, sich des Vermögens des Gemeinschuldners zu versichern (§. 757 der Pr.O.), und lediglich solche Sachen, die verderben oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten erhalten werden können, der Versteigerung auszusetzen; (§. 735 der Pr.O.)

in Erwägung, daß das Gantgericht daher bei allen übrigen Gegenständen, Fahrnissen und Liegenschaften, die Anträge der Gläubiger, beziehungsweise des Ausschusses oder des Massepflegers abzuwarten hat, ehe eine Zwangsmaßregel gegen den Gemeinschuldner verfügt werden darf, §. 732 Ziff. 2 der Pr.O., zumal da es in dem wohlverstandenen Interesse der Gläubiger liegen kann, das weitere Gantverfahren durch einen Vergleich abzuwenden, diese Absicht aber nicht mehr zu erreichen ist, wenn vor dem Zusammentritt der Gläubiger, d. h. vor der Liquidationstagfahrt die Gantmasse schon veräußert ist;

in Erw., daß außerdem die Anordnung der Räumung des Hauses innerhalb 3 Tagen der Gantmasse keinen erheblichen Vortheil, dem Gemeinschuldner und seiner Familie aber einen empfindlichen Schaden bereitet;

— daß die Beschwerde gegen die Verfügung des großh. Amtsgerichts vom 12. Juni 1865 No. 5096 gerechtfertigt sei. Red.

16.

Literaturbericht.

Die unter Ziff. 130 der Annalen von 1867 (XXXIII.) No. 41 S. 328 angezeigte Bearbeitung des Landrechts durch Herrn Anwalt Max Ruef in Freiburg, im Verlag der Wagner'schen Buchhandlung daselbst, ist nun mit der vierten Lieferung vollendet.

Dieselbe schließt mit den, auch annotirten, Einführungsedicten und enthält das Register.

Der Herr Verfasser verdient die Anerkennung, durch Mittheilung seiner offenbar seit Jahren gesammelten und fortgesetzt aufgezeichneten Notizen, — eine Arbeit, zu welcher nicht Jeder die erforderliche Ausdauer und Zeit hat — dem Praktiker eine willkommene Ausgabe des Landrechts geliefert zu haben, welche in übersichtlicher Kürze aber mit hervortretender Sorgfalt bei den einzelnen Artikeln auf das aufmerksam macht, was Wissenschaft und Praxis zur Auslegung und Anwendung derselben bietet.

Diese annotirte Ausgabe des Landrechts verdient ihrer Brauchbarkeit wegen und bei der Zweckmäßigkeit ihrer Anlage, zum Gebrauche empfohlen zu werden. Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 2.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat März 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 2. März.	
148	Mayer gegen Mayer — Wechselforderung	Schenkh. — Gernandt.
151	Hübsch gegen König — Kaufnichtigkeit	Eichrodt. — Mays.
	Donnerstag den 4. März.	
157	Grether gegen Mayer — Fahrnißvindikation	Esser.
135	Schulz gegen Doser — Forderung	Schenkh. — Grimm.
	Dienstag den 9. März.	
3	Schweizer gegen Zivi — Verweisungsanerkennung . . .	Grimm. — Schmitt.
132	Kollmar gegen Völker — Forderung	Geißmar. — Grimm.
	Donnerstag den 11. März.	
1	Mayer gegen Gros. Gaut — Forderung	Rizi.
138	Hummel gegen Zipfel — Wasserrecht	Geißmar. — Esser.
	Dienstag den 16. März.	
127	Gehrig gegen Rupp — Entschädigung	Schenkh. — Gernandt.
142	Ettlinger gegen Seligmann — Entschädigung	Ettlinger. — Eller.
	Donnerstag den 18. März.	
136	v. Herrmann gegen v. Herrmann — Rückforderung . . .	Wedekind — Esser.
134	Straub gegen Schuhmacher — Forderung	Grimm. — Scholl.

Digitized by Google

Vor Kurzem sind erschienen und in der **Buchhandlung** von **J. Bensheimer** in **Mannheim** stets vorräthig:

Gesetz, das badische vom 8. März 1868 über den Elementarunterricht, sammt den dazu gehörigen Verordnungen. Mit Benützung amtlicher Quellen erläutert von **August Joos**. I. Abth. complett fl. 3.

Puchelt, ergänzende Gesetze der großherzoglich badischen Strafgesetzgebung mit Erläuterungen. Preis eleg. br. fl. 2. 42 kr.

Demolombe, Cours de Droit Civil. Bd. 12. Heft 1. Preis eleg. br. fl. 3.

Soeben erschien No. 1 der

Akademischen Zeitschrift.

Organ

für die gesammten Interessen der deutschen Hochschulen.

Herausgegeben

auf Veranlassung des Permanenten Studentencomites zu Leipzig.

Erscheint zwei Mal monatlich.

Abonnementspreis pro Semester 54 kr.

Inhalt von No. 1. Ansprache an die Commilitonen. — Die Akademische Zeitschrift und die Organisation der Studentenschaften. I. Von **P. Mayet**. — Ein Rath bei Wahl der Collegien. — Correspondenzen und Nachrichten: Preisaufgabe, Ernennungen, Todesfälle ꝛc. — Personalstatistik der 29 deutschen Universitäten (Sommersemester 1868). — Literarische Anzeigen. — Briefkasten. — Beilage: Bedeutung und Ergebnisse der ersten deutschen Nordpol-Expedition. I. Von **Otto Ule**. — Wissenschaftliche und literarische Notizen. — Vereinsstatistik. — Miscellen. — Neues Commerslied. — Prospekt. — Literarische Anzeigen. —

Bestellungen nehmen alle Buchhandlungen und Postämter des In- und Auslandes an.

M. G. Priber in **Leipzig.**

Neuestes Werk über das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Bei **Palm** und **Enke** in **Erlangen** ist kürzlich erschienen:

Commentar

zum

Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch

mit Ausschluß des Seerechts

von

Dr. A. Anschütz, Professor und **Dr. Frhr. v. Völderndorff**, Handelsappellationsgerichtsrath.

Nicht nur der **Jurist**, sondern **jeder intelligente Kaufmann** findet in diesem von gediegenen Fachmännern bearbeiteten Kommentar eine reichliche und verläßliche Auskunft über alle einschlägigen Gegenstände. Die zwei ersten Hefte von Band II. wurden bereits ausgegeben und geht der fernere Druck unausgesetzt fort.

I. Band. Lex.-8. geh. 4 fl. rhein.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 3.**

17.

Zur Auslegung des §. 300 Abſ. 2 der Str.P.O., die Aufnahme der Zeugenausſagen in die Entſcheidungsgründe betreffend.

Das großh. Oberhofgericht erklärte in den Entſcheidungsgründen zum Urtheil vom 5. Dezember 1868

J. A S.

des Bürgermeiſter Möſchle in Zunsweier, Anklägers

gegen

Georg Moßmann von da, Angeklagten, wegen Ehrenkränkung mit Bezug auf den Dienſt,

die in der Beſchwerdeſchrift, jedoch ohne ausdrückliche Beziehung auf §. 373 Ziff. 3, aufgeſtellte Beſchwerde über angeblich mangelhafte Aufnahme der Zeugenausſagen in die Entſcheidungsgründe der Strafkammer aus folgenden Erwägungen für nicht begründet:

„Der §. 300 Abſ. 2 der Str.P.O. verlangt nur die Aufnahme derjenigen Thatſachen in die Entſcheidungsgründe, welche das Gericht für erwieſen angenommen hat, und die Bezeichnung der dafür vorliegenden Beweismittel, alſo nur die einfache Benennung der letzteren; er verlangt daher nicht die vollſtändige Aufnahme jeder einzelnen Zeugenausſage und zwar um ſo weniger alsdann, wenn das Gericht auf dieſelbe bezüglich der Beweisfrage kein Gewicht legen zu müſſen glaubt. Dem Ankläger wäre es nach §. 259 Abſ. 2 der Str.P.O. freigeſtellt geweſen, im Laufe der Verhandlung die Aufnahme der Ausſage eines oder des andern Zeugen in das Protokoll zu beantragen; in Ermanglung eines ſolchen Antrags aber war es lediglich in das Ermeſſen des Gerichtshofes geſtellt, in wie weit der Inhalt der Ausſagen der Zeugen in das Protokoll, oder in die Entſcheidungsgründe aufzunehmen ſei, und inſofern die Strafkammer im vorliegenden Falle dieſes Ermeſſen geübt hat, kann ſie daher auch der Vorwurf der Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens nicht treffen. Red.

18.

Zu §. 479 des Strafgeſetzbuches.

Annalen XXXIII. S. 369.
„ XXXIV. S. 262.

Die in den Annalen Bd. XXXIII. S. 370 mitgetheilte, vom Oberhofgericht als unrichtig erkannte Anſicht der betreffenden Staatsanwaltſchaft hat in den Annalen Bd. XXXIV. S. 262 eine Vertheidigung gefunden, welcher ich mir einige Bemerkungen entgegenzuſetzen erlaube, damit nicht eine in dieſen Blättern in Schutz genommene Unrichtigkeit durch freiwilliges Stillſchweigen an Autorität gewinne.

Jene Ausführung der Staatsanwaltſchaft geht von der Anſicht aus, daß das Territorialitätsprinzip in unſerem Lande als das allein herrſchende geſetzlich anerkannt ſei, daß daher auch aus dieſem Prinzip die Entſcheidung des fraglichen Falles abgeleitet werden müſſe. Dieſe Anſicht wurde daſelbſt bekämpft und im Gegenſatze davon nachzuweiſen verſucht, daß unſer Strafgeſetzbuch bei Beantwortung der Frage über die Herrſchaft des Strafgeſetzes rückſichtlich des Orts und der Perſonen Beſtimmungen getroffen habe, welche nicht ausſchließlich Ausflüſſe eines einzigen der in der Wiſſenſchaft aufgeſtellten Prinzipien ſind, ſondern daß man darin die Anerkennung, beziehungsweiſe Anwendung bald des einen bald des anderen Prinzips findet, je nachdem es von den Bedürfniſſen des Lebens geboten erſcheint. Wenn nun in der Vertheidigung S. 264 zugeſtanden wird, daß unſer Strafgeſetzbuch nicht dem reinen Territorialitätsprincip huldigt, indem es in den §§. 4. 5. 7 und 184 [1]) Beſtimmungen feſtgeſetzt hat, welche davon abweichen, ſo iſt der gedachten Ausführung der Staatsanwaltſchaft die hauptſächlichſte Grundlage entzogen, da

---

[1]) In den Annalen Band XXXIII. S. 371 und 372 iſt gezeigt, daß nicht nur die oben angeführten, von der Entgegnung als Verletzungen des Territorialitätsprinzips anerkannten, ſondern auch die Beſtimmungen der §§. 6 und 9, ſodann der §§. 8 und 151 No. 4 in ihrer allgemeinen Faſſung im Widerſpruch mit dem Territorialitätsprinzip ſtehen.

Digitized by Google

sie lediglich auf das Territorialitätsprinzip und dessen Konsequenzen gebaut ist und gebaut werden kann.

Dessenungeachtet beharrt die Vertheidigung darauf, daß bei Entscheidung jenes Falles nur das Territorialitätsprinzip hätte in Anwendung gebracht werden sollen, und es wird zur Unterstützung dafür nun geltend gemacht, das in §. 3 des Str.G.B. ausgesprochene Territorialitätsprinzip sei als die Regel zu betrachten, dagegen werden die vielfachen im Str.Gesetzbuch sanktionirten Abweichungen davon als Ausnahmen und sogar mit dem tadelnden Kraftausdruck Köstlins als fatale Ausnahmen hingestellt. Wäre diese Auffassung richtig, so würde daraus allerdings folgen, daß bei Entscheidung zweifelhafter Fälle, worunter übrigens der Fall Bollier nicht gerechnet werden könnte, auf das Territorialitätsprinzip gegriffen werden müßte. Allein auch die Einschränkung, welche die Vertheidigung noch aufrecht zu erhalten suchte, kann nicht zugegeben werden, — das Territorialitätsprinzip ist in unserem Strafgesetzbuche nicht als die Regel anerkannt, die Abweichungen davon sind keine Ausnahmen und sie sind noch weniger fatale Ausnahmen.

In §. 3 des Str.G.B. ist das Territorialitätsprinzip als maßgebend aufgestellt, in §. 4 das Personalitätsprinzip und in §. 5 das Prinzip des natürlichen Strafrechts, wie es Berner in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 216 nennt, anderwärts auch Schutzrechtsprinzip genannt. Nach dem Territorialitätsprinzip, welches soweit als die Staatsbohheit selbst sich ausdehnt und an den Grenzen des Territoriums eines Staates endet, werden alle innerhalb eines Staatsgebiets verübten Verbrechen, ohne Unterschied, ob sie von Inländern oder von Ausländen, ob sie an Inländern oder an Ausländern begangen werden, bestraft. Im Gegensatze hievon sind nach dem Territorialitätsprinzip von der Strafgewalt eines Staates ausgeschlossen diejenigen Verbrechen, welche im Auslande, ohne Unterschied, ob von und an Inländern oder von und an Ausländern begangen werden. [2]) —

Nach dem Personalitätsprinzip, welches sich auf alle delinquirenden Inländer, selbst während ihres Aufenthaltes im Auslande, erstreckt, da sie als Inländer durch die einheimischen Strafgesetze verpflichtet sind, deren Verletzung ihnen nirgends gestattet ist, werden alle Verbrechen eines Inländers, ohne Unterschied, ob er im Inland oder Ausland, an Inländern oder Ausländern sich vergangen hat, bestraft. Dagegen werden nach dem Personalitätsprinzip diejenigen Verbrechen, welche ein Ausländer, gleichviel ob im Inland oder Ausland, ob an Inländern oder an Ausländern verübt, nicht bestraft. Nach dem natürlichen Strafrechtsprinzip, welches auf dem Straischutze beruht, den der Staat sich selbst und seinen Angehörigen schuldig ist, werden alle an dem Inland oder einer Person im Inlande verübten Verbrechen, ohne Unterschied, ob sie von Inländern oder Ausländern, ob sie im Inland oder Ausland, ob an Inländern oder Ausländern vorgenommen werden, bestraft. [3]) Nur die Verbrechen werden nach diesem Prinzip nicht bestraft, welche von Inländern oder Ausländern an im Auslande befindlichen Ausländern oder an einem auswärtigen Staate, gleichviel ob im Inland oder Auslande, vorgenommen werden.

Hieraus ergibt sich, daß jedes dieser drei Prinzipien Fälle umfaßt, welche auch nach einem anderen geltenden Prinzip strafbar sind, — daß jedes derselben aber außerdem noch zahlreiche weitere Uebertretungen als strafbar erklärt, welche nicht unter die anderen beiden ebenfalls geltenden Prinzipien fallen, und welche daher, wenn das betreffende Prinzip nicht zur Geltung gekommen wäre, straflos bleiben müßten, — daß endlich, weil das Strafgesetzbuch nur die positive Seite der genannten Prinzipien hervorgehoben und dagegen deren

---

[2]) Die in der Entgegnung S. 263 mit Bremer im Gerichtssal XVII. S. 420 gemachte Bemerkung, daß Berner jene Bezeichnung blos für die eine positive Seite jenes Grundsatzes gebrauche, nämlich für das Recht des Staates, alle auf seinem Territorium verübten Verbrechen zu bestrafen, kann einen begründeten Tadel der Darstellungsweise Berner's nicht enthalten, da die negative Seite, daß nämlich der Staat kein außerhalb seines Gebiets begangenes Verbrechen strafen dürfe, als Gegensatz der positiven sich von selbst ergibt, von Berner aber nach seiner Theorie nicht als maaßgebend zugegeben werden kann, weil er die Herrschaft noch anderer Prinzipien neben dem der Territorialität behauptet, welche jene negative Seite des Territorialitätsprinzips zum größten Theil aufheben.

[3]) Unser Strafgesetzbuch dehnt in §. 5 den von den Rechtslehrern in der Regel nur zum Schutze des Staats selbst und der dauernden Unterthanen desselben aufgestellten Grundsatz des natürlichen Strafrechts auch auf die temporären Unterthanen (subditi temporarii) aus.

Digitized by Google

negative nirgends anerkannt hat, keines dieſer Prinzipien Fälle, welche nach einem der beiden anderen Prinzipien ſtrafbar ſind, dieſer Strafbarkeit entzieht. Wie man bei dieſem gegenſeitigen Verhältniß aller drei Prinzipien zu einander, welches in einem eigentlichen Nebeneinanderſein beſteht, ohne daß das eine das andere ausſchließt, und ohne daß das eine dem anderen untergeordnet erſcheint, das eine derſelben als die Regel und die anderen als Ausnahmen von der Regel bezeichnen könnte, iſt rein unverſtändlich. Man geht durch eine ſolche Eintheilung völlig unlogiſch zu Werke, indem eine Ausnahme doch nur da denkbar iſt, wo der Fall, wenn er nicht ausgeſchieden wäre, von der Regel beherrſcht würde, nimmermehr aber da, wo er gar nicht unter die Regel fällt. Wo es daher, wie hier, Fälle gibt, die nicht von dem Grundſatz den man Regel nennt, ſondern von einem anderen Grundſatze regiert werden, da erſcheint es als eine Verſündigung gegen die Denkgeſetze, den einen Grundſatz Regel und die anderen Grundſätze Ausnahmen zu nennen.

Es iſt z. B. der Inländer, welcher im Ausland an einem Ausländer ein Verbrechen begeht, weder nach dem Territorialitätsprinzip noch nach dem Schutzrechtsprinzip, wohl aber nach dem Perſonalitätsprinzip ſtrafbar, — ferner iſt der Ausländer, welcher im Auslande gegen eine Perſon im Inlande ein Verbrechen verübt, ebenfalls nicht nach dem Territorialitätsprinzip und auch nicht nach dem Perſonalitätsprinzip, ſondern nur nach dem natürlichen Strafrecht ſtrafbar. Wären das Perſonalitätsprinzip und das natürliche Strafrecht Ausnahmen vom Territorialitätsprinzip, ſo müßte man ſagen können: die ſo eben angeführten Fälle ſeien auf Grund des Territorialitätsprinzips ſtrafbar, wenn ſie nicht ausgenommen wären. Will man jedoch der Logik nicht den Krieg erklären, darf man ſo nicht ſagen, denn jene Fälle ſind ja im Gegentheil nach dem Territorialitätsprinzip **nicht**, ſondern nach anderen Grundſätzen ſtrafbar, und die Bezeichnung des Territorialitätsprinzips als Regel iſt folglich innerlich unwahr, weil logiſch unmöglich. Es ſtellen vielmehr die §§. 3. 4 und 5 des Str.G.B. allgemein giltige Sätze, oberſte Grundſätze, Prinzipien, als Quellen anderer daraus abzuleitender Sätze auf, ſie enthalten gleichmäßig Regeln, die beſtimmt ſind, ſich gegenſeitig zu ergänzen, und von denen die eine ſo viel gilt wie die andere*). Hiernach ſtellt ſich die ganze, auf eine falſche Anſchauung geſtützte Eintheilung in Regel und Ausnahmen als unrichtig dar, und es iſt mithin auch das Axiom: exceptiones firmant regulam hier nicht anwendbar.

Ebenſo wird ſich der Ausſpruch: die in unſerem Strafgeſetzbuche ſanktionirten Abweichungen vom Territorialitätsprinzip ſeien fatale Ausnahmen, nicht rechtfertigen laſſen. Zur Widerlegung dieſer Behauptung genügt es, darauf aufmerkſam zu machen, daß bei der ausſchließlichen Herrſchaft des Territorialitätsprinzips und ohne die Beſtimmung des §. 4 des Str.G.B. ein Inländer im Auslande hart an der Grenze des einheimiſchen Staates und daher ohne Zweifel auch mit Störung der Rechtsordnung deſſelben, die ſchwerſten Verbrechen, ſogar ſelbſt gegen den einheimiſchen Staat, ungeſtraft begehen dürfte, wenn es ihm gelingt, ſofort nach deren Vollbringung ſich in ſein Heimathland zurückzuziehen, da vom Inlande weder die Vollſtreckung fremder Strafurtheile noch die Auslieferung eigener Angehöriger — weil Beides, wenn auch mit dem Territorialitätsprinzip, doch nicht mit der Souveränetät vereinbar — geſchehen könnte, — daß ferner bei der alleinigen Geltung des Territorialitätsprinzips und ohne die Beſtimmungen der §§. 9. 151, No. 4. 184, No. 2 des Str.G.B. Einer, der im Auslande wegen Diebſtahls verurtheilt worden iſt, im Inlande fortwährend als ehrlicher Mann angeſehen werden müßte, da die aus dem Territorialitätsprinzip abfließenden Folgerungen den inländiſchen Gerichten nicht geſtatten, einen Zweifel gegen ſeine ungeſchmälerten Ehrenrechte aufkommen zu laſſen, — daß weiter unter dem Schutze des allein herrſchenden Terrialitätsprinzips und ohne die Bedrohung des §. 5 des Str.G.B. Ausländer im nahen Auslande ungeſcheut und in ungeſtörter Sicherheit Komplotte ſchmieden und verbrecheriſche Angriffe ausführen könnten gegen das Inland, deſſen Behörden und gegen Perſonen im Inlande, ohne daß der einheimiſche Staat dieſelben gerichtlich verfolgen dürfte, ſo daß es

*) Mit gleichem Fug könnte man die Beſtimmung, wonach der phyſiſche Urheber eines Verbrechens mit Strafe bedroht wird, die Regel und die Beſtimmungen, welche auch den Anſtifter und den Gehilfen für ſtrafbar erklären, Ausnahmen von jener Regel — oder die Beſtimmungen im Titel IX. des Str.G.B.: „Von dem Verbrechen der Tödtung" die Regel und die Strafbeſtimmungen in den übrigen Titeln des Str.G.B. Ausnahmen nennen.

Digitized by Google

lediglich vom guten Willen und der Gesetzgebung des auswärtigen Staates abhienge, ob dessen Gerichte dagegen einschreiten werden. Die getadelten Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches sind daher allerdings fatal für die Verbrecher, sie sind aber nothwendig zum Schutze der Gesellschaft. Wem somit das Wohl der letzteren mehr am Herzen liegt, als das der Mörder und Diebe, wird keinen Stein gegen jene, in einem zivilisirten Staate unentbehrlichen Gesetzesbestimmungen aufheben wollen.[5])

Uebrigens wird dem geistreichen Köstlin schweres Unrecht zugefügt, wenn man ihm den Ausspruch in den Mund legt, das Personalitätsprinzip und der Grundsatz des natürlichen Strafrechts seien fatale Ausnahmen von dem Territorialitätsprinzip, — und es beruht die deßfallsige, unter Berufung auf S. 31. 33—35 von Köstlin's System des deutschen Strafrechts aufgestellte Behauptung der Entgegnung auf einem offenbaren Mißverständniß. Auf S. 31. 34 und 35 bekämpft Köstlin das Personalitätsprinzip, ohne von jenem Ausdruck Gebrauch zu machen. Auf S. 33 braucht er allerdings die Worte „fatale Ausnahmen", bezeichnet aber damit nicht die Prinzipien der Personalität und des natürlichen Strafrechts, sondern bezieht sie auf eigentliche Ausnahmen von dem Personalitätsprinzip, welche nach seiner Ansicht die Vertheidiger dieses Prinzips zu machen sich veranlaßt sehen und welche man der Regel (d. i. dem Personalitätsprinzip) gewöhnlich beifüge. Köstlin ist weit davon entfernt, die Prinzipien der Personalität und des natürlichen Strafrechts als Ausnahmen bezeichnen oder behandeln zu wollen, er nennt sie vielmehr, als richtiger Denker, der Natur der Sache gemäß auf S. 31. 33 und 34 ausdrücklich Prinzipien, beziehungsweise Grundsätze und behandelt sie in §. 23 Anmerkung 2) und 3) auch als solche. Allein als Anhänger des reinen Territorialitätsprinzips anerkennt er jene anderen Grundsätze nicht als maßgebende Rechtsprinzipien, sondern verwirft dieselben, indem er sie falsche Grundsätze nennt, durchaus mit allen ihren Konsequenzen. Wenn ferner derselbe Köstlin auf S. 41 a. a. O., wie auf S. 264 der Entgegnung unmittelbar im Anschlusse an das daselbst als verwerflich bezeichnete Personalitätsprin-

[5]) Wenn die Entgegnung auf Seite 264 unter den bedeutendsten Gelehrten, von welchen das Personalitätsprinzip verworfen wurde, auch den Namen Schwarze feiert, so scheint ihr entgangen zu sein, was dieser Schriftsteller auf Seite 187 ff. des von ihr selbst zitirten Aufsatzes sagt, wonach dieselbe wenig Grund haben dürfte, für ihre Ansicht sich auch auf den Namen Schwarze's zu berufen. Am angeführten Orte heißt es nämlich: „Man würde, wenn man die Strafgewalt des Inlandes bei den vom Inländer im Auslande verübten Verbrechen negirte, die sittliche Aufgabe des Staats verkennen und ihn gleichsam von den übrigen Staaten abschließen. Die sämmtlichen zivilisirten Staaten können unmöglich in engherziger Auffassung ihrer eigenen Souveränetätsrechte, die Verbrechen, welche ihre Unterthanen in einem fremden Staate verüben, ignoriren und es dem Zufalle überlassen, ob der Inländer im Auslande ergriffen und daselbst bestraft worden, oder ob es ihm gelungen ist, sich vor der Bestrafung durch die Flucht in die Heimath zu retten. Allerdings hat jeder Staat nur in seinem Lande für die Aufrechthaltung der Rechtsordnung zu sorgen. Allein eben weil der Staat nicht in fremdes Gebiet übergreifen darf, muß er offenbare Rechtsverletzungen, soweit deren Bestrafung nur von ihm vermöge seiner Souveränetät ausgehen kann, ahnden, auch wenn sie nicht in seinem Gebiete verübt worden sind, und solchergestalt in seinem Lande für die (allgemeine) Rechtsordnung sorgen. Es ist die gemeinsame Aufgabe aller zivilisirten Staaten, zur Sicherung des Rechts mitzuwirken und sie nicht von der Stellung der Grenzsteine des Landes abhängig zu machen. Er darf hierbei nicht die Souveränetät des andern Staates durch einen Uebergriff auf dessen Gebiet verletzen, wohl aber soll er da, wo der andere Staat nicht mehr in der Lage sich befindet, sein Strafrecht auszuüben, das verletzte Recht wieder herstellen und dadurch einer selbstständigen Verpflichtung zur Wahrung des Rechts Genüge leisten. Es ist dies nicht blos ein Recht oder eine sittliche Pflicht, sondern eine wahre Rechtsverbindlichkeit, ohne welche eine vollständige, gemeinsame Rechtsordnung, und mit ihr ein vernunftgemäßes Nebeneinanderbestehen der Staaten nicht erhalten werden kann. — Der Inländer bleibt im Auslande Unterthan seines Heimathstaates. Es kann dem Letzteren daher nicht gleichgültig sein, daß, nach der Rückkehr des Inländers in sein Heimathland, daselbst ein Unterthan verweilt, welcher während seines Aufenthalts im Auslande durch den Bruch der dasigen Gesetze einer Handlung sich schuldig gemacht hat, welche zugleich einen Bruch der allgemeinen Rechtsordnung enthält. Die Strafloßigkeit desselben würde das allgemeine Rechtsgefühl (im Inlande) verletzen. — Der Rechtsschutz muß ein möglichst allgemeiner sein, und die gegenseitige Unterstützung der Staaten in der Verwirklichung des Rechtsschutzes liegt zugleich in dem gemeinsamen Interesse wie in der gemeinsamen Verpflichtung. Das Inland greift sonach mit der Bestrafung weder in Rechte des fremden Staats ein, noch dehnt es seine Kompetenz über seine Grenzen aus. — Mit Recht haben daher Gesetzgebung und Praxis dem Inlande wegen der im Auslande verübten Verbrechen eine selbstständige Strafgewalt vindizirt. Eben deßhalb sind wir auch nicht der Meinung, daß das Inland solchen Falls nur in Vertretung des Auslands strafe. Die Strafgewalt des Inlands beruht auf einem allgemeineren Gesichtspunkt." — Daß diese Darstellung vollständig auf das Personalitätsprinzip hinausläuft, wird schwerlich zu bestreiten sein.

Digitized by Google

zip angeführt wird, die neueren geſetzgeberiſchen Arbeiten einen „wahren Tummelplatz von Prinzipien“ nennt, wobei er auf S. 42—47 auch unſerem vaterländiſchen Strafgeſetzbuch mehrmals die Ehre erweist, es unter diejenigen Strafgeſetze zu rechnen, „welche von Inkonſequenzen, Lücken, Widerſprüchen und gegenſeitigen Abweichungen und Verlegenheiten ſtrotzen“, — ſo iſt doch dadurch wieder auf ſchlagende Weiſe dargethan, daß Köſtlin ſich keiner Verwechslung von Regeln mit Ausnahmen ſchuldig macht, und daß er es nicht iſt und nicht ſein kann, welcher leitende Grundſätze, die ſeinen philoſophiſchen Anſichten nicht entſprechen, mit Verläugnung aller Logik zu fatalen Ausnahmen degradiren möchte. Ob indeß Köſtlin mit ſeiner Verurtheilung der, man darf wohl ſagen, allgemeinen [a]) Staatspraxis Recht hat oder nicht, iſt hier nicht zu unterſuchen. Es ſoll nur auf folgenden Punkt aufmerkſam gemacht werden. Um der grellen und abſurden Konſequenz des reinen Territorialitätsprinzips, wonach die Auslieferung des Inländers, der im Ausland ein Verbrechen begeht, an den Staat des Orts der That als geboten erſcheint, auszuweichen, nimmt Köſtlin S. 26 und 37 a. a. O. ſeine Zuflucht zur Aufſtellung eines Strafrechts, welches der Heimathsſtaat Namens des durch das Territorialitätsprinzip ſtrafberechtigten Staats ausübt, allein dieſes Stellvertretungsverhältniß beruht lediglich auf einer willkürlichen Fiktion, widerſpricht dagegen der Wahrheit, indem irgend ein halbwegs ziviliſirter und zum Selbſtbewußtſein gelangter Staat ſein eigenes Strafrecht auf einen andern Staat weder zur Zeit übertragen hat noch vorausſichtlich jemals übertragen wird, da dies nur mit Aufgeben der eigenen Souveränetät geſchehen könnte. [b]) Ferner ſoll im Gegenſatz von der Autorität Köſtlins auf das Urtheil des von der gegneriſchen Seite ebenfalls als Autorität angerufenen Berner hingewieſen werden, welcher S. 215 Anm. 1 a. a. O. Köſtlin's Theorie von einer Uebertragung des Strafrechts ein Hirngeſpinnſt nennt, welches zu Verkehrtheiten und Verkünſtelungen der Sache führe.

Auf S. 364 der Entgegnung iſt weiter geſagt, es ſei als eine nothwendige Konſequenz des Territorialitätsprinzips der Satz anzuſehen, daß bei Verbrechen von Ausländern im Auslande gegen Ausländer verübt, nur die ausländiſchen, keineswegs die inländiſchen Geſetze Anwendung finden. Dieſe Behauptung iſt vollſtändig richtig, denn in dem geſetzten Falle iſt nach dem Territorialitätsprinzip die Strafgewalt nur desjenigen Staats, in welchem delinquirt wird, begründet, es kann daher auch nur das Geſetz des ſtrafberechtigten Staates zur Anwendung kommen. Wenn ſich aber die Entgegnung zur Beſtätigung jenes aus dem Territorialitätsprinzip und nicht aus unſerem Strafgeſetzbuch hergenommenen Satzes auf Berner §. 129 S. 215 und Häberlin §. 6 S. 7 beruft, ſo hat ſie ihre Autoritäten nicht glücklich gewählt. Berner iſt bekanntlich kein Sklave des Territorialitätsprinzips und er ſagt auf S. 216 a. a. O. geradezu und mit den klarſten Worten das Gegentheil von dem, was ihn die Entgegnung ſagen läßt, indem Berner, als Verfechter der gleichberechtigten Prinzipien 1) der Territorialität, 2) der Perſonalität und 3) des natürlichen Strafrechts, zu dem Ergebniß gelangt, daß ausnahmslos in allen Fällen der ſtrafberechtigte inländiſche Staat die inländiſchen Strafgeſetze zur Anwendung zu bringen habe. [c]) Häberlin aber hat

---

[a]) Nur von England und Nordamerika werden meines Wiſſens in der Regel keine im Auslande verübten Verbrechen beſtraft, mögen ſie von In- oder Ausländern herrühren, gegen In- oder Ausländer gerichtet ſein.

[b]) In wiſſenſchaftlichen Werken der neueren Zeit wird zwar der Satz, daß die Auslieferung der Inländer wegen im Auslande begangener Verbrechen unſtatthaft ſei, vielfach angefochten, allein hauptſächlich doch nur von den Vertheidigern der ausſchließlichen Herrſchaft des reinen, alſo auch negativ wirkſamen Territorialitätsprincips, welche eine Ausnahme davon — es wäre ſonſt nicht das allein maaßgebende Princip — nicht gelten laſſen können. Dieſe Scheinſtreiter müſſen jedoch ſelbſt anerkennen, daß gegenwärtig in den europäiſchen Staaten das Bewußtſein der ſouveränen Selbſtſtändigkeit noch ſo ſehr das Bewußtſein, Glieder einer höheren völkerrechtlichen Einheit zu ſein, überwiegt, daß die Staatslehre es nicht wohl zulaſſen wird, für die Beſtrafung des eigenen Unterthanen eine fremde Staatsgewalt in Anſpruch zu nehmen. Sie geben vorläufig ſich auch nicht der Hoffnung hin, daß die Staaten dieſe ihre Anſicht ſobald ändern werden.

[c]) Berner in ſeinem Lehrbuch des deutſchen Strafrechts erklärt auf S. 216: „Betrachtet man das Territorialitätsprinzip, das Perſonalitätsprinzip und das natürliche Strafrecht in den angegebenen Grenzen als begründet, ſo bleiben nur noch die beiden Fragen zu beantworten, wiefern unſer Staat ausländiſche Geſetze anzuwenden habe, und welche Folgen er auswärtigen Richterſprüchen und Begnadigungen beilegen müſſe. 1. Das Ter-

Digitized by Google

ſich zur Aufgabe gemacht, ſeine Grundſätze des Kriminalrechts gerade nach den von Köſtlin verdammten neueren deutſchen Geſetzbüchern darzuſtellen, wie er ſelbſt auf dem Titelblatte erklärt, im Vorwort und in der Einleitung ſeines Werkes weitläufig auseinanderſetzt, und wie ſich überdies aus jeder Seite des übrigen Inhalts ſeines Werkes entnehmen läßt, ſo daß man ſich alſo vergeblich bemühen wird, in Häberlin zu finden, was kein einziges neueres deutſches Strafgeſetzbuch enthält, wie z. B. den oben angeführten, in der Entgegnung mit geſperrten Lettern hervorgehobenen Satz. Häberlin anerkennt vielmehr in Folge der geſtellten Aufgabe in §. 6 S. 7 alle Grundſätze als maaßgebend, welche die deutſchen Strafgeſetzbücher als maßgebend aufgeſtellt haben; er anerkennt daher, wie Berner, die drei erwähnten Principien, weil er ſie in allen neueren deutſchen Strafgeſetzbüchern als herrſchend vorfindet, und führt hierauf zweierlei Syſteme an, wonach die Frage entſchieden wird, nach welchen Geſetzen zu ſtrafen iſt, indem er eine Reihe von Geſetzbüchern nennt, welche die unbedingte Anwendung der einheimiſchen Strafgeſetze auf die vor den einheimiſchen Gerichten zu unterſuchenden Verbrechen vorſchreiben, ſeien dieſelben von In- oder Ausländern im In- oder Auslande verübt worden, — und indem er ſodann dieſer erſtbezeichneten Kategorie die übrigen Geſetzbücher entgegenſetzt, welche zwar auch die Anwendung des einheimiſchen Strafgeſetzes als Regel aufſtellen, jedoch in gewiſſen Fällen die milderen Beſtimmungen des fremden Geſetzes zulaſſen. Unter die letztere Klaſſe gehört das Badiſche Strafgeſetzbuch (welches Häberlin bei Herausgabe des I. Bandes ſeines Werkes noch nicht benützen konnte und daher nicht allegirt hat), das nur ausnahmsweiſe (§. 4 Abſ. 2 und §. 6)[9]) die Anwendung eines ausländiſchen Geſetzes vorſchreibt. —

Hiernach iſt einleuchtend, wie gar Nichts die Anrufung Berner's und Häberlin's, offene Gegner des reinen Territorialitätsprinzips und ſeiner Konſequenzen, für jenen mit geſperrter Schrift ausgezeichneten, angeblich „in der Wiſſenſchaft und in den Geſetzgebungen allgemein anerkannten Grundſatz“ (ſoll heißen Folgeſatz, denn er wird aus dem Grundſatze der Territorialität abgeleitet) gewonnen und bewieſen iſt.

Wenn übrigens dieſer Satz, wie ich nochmals zugebe, nach dem reinen Territorialitätsprinzip, dem jedoch als blos philoſophiſchem Strafrecht alle praktiſche Bedeutung fehlt, auch richtig iſt, ſo iſt er nicht richtig nach unſerem Strafgeſetzbuch, das bei uns allein praktiſche Geltung hat, — und die Autorität von Jagemann's in den Beiträgen zur Erläuterung der neuen badiſchen Strafgeſetzgebung, Bd. I. S. 288, welche die Entgegnung für die gegentheilige Behauptung wiederholt anführen zu dürfen glaubt, ſteht ihr keineswegs zur Seite. Bei Verbrechen von Ausländern im Auslande gegen Ausländer verübt, muß nämlich nach unſerem Strafgeſetzbuch unterſchieden werden, ob im einzelnen Falle der Ausländer, an welchem ein Verbrechen begangen wird, zur Zeit der That ſich im Inlande oder im Auslande befindet. Hat der Ausländer im Ausland gegen einen im Inlande befindlichen Ausländer ein Verbrechen verübt, ſo findet nach §. 5 des Str.G.B. die Gerichtsbarkeit des Inlandes Statt und der Verbrecher wird auf Grund der nämlichen geſetzlichen Beſtimmung nach den inländiſchen Geſetzen beſtraft. Dies ſtellt auch von Jagemann in der S. 288 a. a. O. aufgeſtellten Tabelle, Feld 20 dar.[10]) Die Entgegnung irrt daher in doppelter Weiſe, einmal darin, daß jener aus dem Territorialitätsprinzip abfließende

---

ritorialitätsprinzip berechtigt unſeren Staat nicht blos, wegen der auf unſerem Gebiete begangenen Verbrechen der Ausländer zu ſtrafen, ſondern auch bei ſeiner Beſtrafung unſere Geſetze anzuwenden. Ebenſo berechtigt uns das Perſonalitätsprinzip nicht blos, wegen der auf fremden Gebiete begangenen Verbrechen den Inländer zu ſtrafen, ſondern dabei abermals unſere Geſetze anzuwenden. Strafen wie aber Ausländer wegen der im Auslande verübten Verbrechen, vermöge natürlichen Strafrechts: ſo iſt dabei die regelmäßige Vorausſetzung, daß es im Auslande an den für die Beſtrafung ſolcher Fälle erforderlichen Geſetzen fehlt, weil ſonſt die Beſtrafung im Auslande erfolgen würde. Es bleibt daher auch in dieſen Fällen nichts Anderes übrig, als die Anwendung unſerer Geſetze. 2. ꝛc.“

[9]) §. 4 Abſ. 2 des Str.G.B. bildet eine Ausnahme von der Regel des §. 4 Abſ. 1 daſ., und §. 6 a. E. des Str.G.B. eine Ausnahme von der Regel des §. 6 i. A. —

[10]) Ebenſo führt Berner a. a. O. S. 216 Note 1 bei Aufzählung der neueren Strafgeſetzbücher, welche den inländiſchen Strafgeſetzen auch ſolche Verbrechen unterwerfen, die von Ausländern im Auslande gegen den inländiſchen Staat, ſeinen Regenten oder ſeine Privaten gerichtet ſind, auch das badiſche Strafgeſetzbuch §. 5 an.

Digitized by Google

Folgesatz auch in unser Strafgesetzbuch aufgenommen sei, und sodann darin, daß von Jagemann ihren Irrthum theile. — Nur bei Verbrechen, welche von Ausländern im Auslande gegen im Auslande befindliche Ausländer begangen werden, sind nach unserem Strafgesetzbuch unbedingt nicht die inländischen Gesetze anzuwenden, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil solche Verbrechen nicht vor das Forum des Inlandes gezogen werden, und folglich das Inland selbst weder inländisches noch ausländisches Strafgesetz anwenden kann, sondern denjenigen Staaten, welche nach ihren Gesetzgebungen strafberechtigt sind, die gerichtliche Verfolgung und die Anwendung des nach ihren Gesetzgebungen maaßgebenden Strafgesetzes überläßt. Diesen Fall hat von Jagemann a. a. O. im 16. und 24. Felde seiner Tabelle veranschaulicht, und dadurch, daß er darin keinen Paragraphen des badischen Strafgesetzbuches anführt, deutlich genug zu erkennen gegeben, daß er nicht gemeint sei, behaupten zu wollen, was ihm die Entgegnung zuschreibt, nämlich es gehöre dieser Fall zur Strafgerichtsbarkeit des Inlandes, welches bei dessen Entscheidung die ausländischen Gesetze anzuwenden habe. Uebrigens wären, da in jener tabellarischen Zusammenstellung nur die Fälle, wobei die Strafgewalt des Inlandes begründet ist, übersichtlich dargestellt werden sollten, zur Vermeidung von Irrungen die beiden Felder 16 und 24, weil sie dem bezeichneten Zwecke keinen Dienst leisten, besser weggeblieben. — Dies alles setzt aber unzweifelhaft voraus, daß die im Auslande begangene Uebertretung als eine für sich bestehende, in sich fertige, abgeschlossene strafbare Handlung erscheint und in keiner Weise mit einer im Inlande begangenen Uebertretung in strafrechtlicher Verbindung steht, weder als Versuch noch als Theil oder Fortsetzungshandlung einer im Inland vollendeten, beziehungsweise zum Abschlusse gelangten verbrecherischen Thätigkeit. Wollte man beim Versuch eines Verbrechens, der in dem einen Staate, und bei der darauf erfolgten Vollendung desselben Verbrechens, die in einem anderen Staate vorgenommen wurde, annehmen, daß jener Staat den Versuch, dieser die Vollendung zu strafen habe, so wäre das Urtheil jenes erstbezeichneten Staates, der nur wegen Versuchs straft, während das Verbrechen vollendet ist, nach dem in Bar's internationalem Strafrecht S. 456 Note 4a angeführten Ausdrucke Breidenbach's, eine Satyre auf die Gerechtigkeit, und würde unter Umständen herbeiführen, daß der Mörder z. B. im Inlande Zuchthausstrafe verbüßen solle, um alsdann in seinem Vaterlande hingerichtet zu werden. Das Gleiche gilt aber auch und zwar in noch höherem Grade in Fällen, wo es sich um die Bestrafung eines einzigen, wiewohl aus mehreren Bestandtheilen zusammengesetzten Verbrechens handelt, wo nämlich, sei es bei einem einheitlichen oder beim — eigentlichen oder uneigentlichen — fortgesetzten Verbrechen, die verschiedenen verbrecherischen Aeußerungen nur als Theile oder getheilte Ausführungshandlungen eines und desselben Verbrechens erscheinen. Auch in solchen Fällen können der Natur der Sache nach die einzelnen verbrecherischen Aeußerungen nicht als für sich bestehende Uebertretungen behandelt, von dem Ganzen abgelöst und für sich allein bestraft werden.

Wenn Jemand eine ächte Münze im Ausland in ihrem Werth verringert und sodann im Inland als vollgiltig ausgibt, §. 513 des Str.G.B., — wenn der Diener seinen Herrn, welchen er auf einer Reise begleitet, nach allen Erfordernissen des eigentlichen fortgesetzten Verbrechens bestiehlt, das erste Mal im Auslande, wobei der ganze Thatbestand des Diebstahls erfüllt wird, das zweite Mal im Inland, wobei derselbe Thatbestand reproduzirt wird, §. 180 des Str.G.B., — wenn endlich unser Fall Vollier sich zuträgt, wobei die Merkmale des eigentlichen fortgesetzten Verbrechens nicht festgestellt werden konnten, sondern ein uneigentliches fortgesetztes Verbrechen nach den Bestimmungen der §§. 181 und 479 des Str.G.B. vorliegt, — überall in diesen Fällen, obwohl jeweils mehrere Ausführungshandlungen vorgenommen wurden, ist nur ein einziges Verbrechen vorhanden; dieses eine Verbrechen ist in Betreff strafrechtlicher Beurtheilung wegen seiner wahren, beziehungsweise fingirten einheitlichen Natur ein untrennbares Ganze, dessen einzelne Theile daher nicht von einander ausgeschieden und von verschiedenen Gerichten abgeurtheilt werden können, um nicht ebenfalls Urtheilssprüche zur Welt zu bringen, auf welche jene harten aber wahren Worte Breidenbach's anwendbar wären. Wollte man nämlich annehmen, daß das eine Verbrechen zerstückelt werden müsse, und jedes abgelöste Stück bildet

Digitized by Google

(wie z. B. beim fortgesetzten Verbrechen) für sich eine strafbare Handlung, die jeder Richter der verschiedenen Länder als Richter des Orts der That vor sein Forum ziehen müßte, so würde der Verbrecher übermäßig hart bestraft werden, und die durch die gesetzlich angeordnete Beurtheilung mehrerer Uebertretungen als ein (fortgesetztes) Verbrechen bezweckte mildere Bestrafung des Verbrechers wäre rein illusorisch. Soll dagegen auf der anderen Seite im Falle, wobei nur die Verbindung der verschiedenen Thätigkeiten den Thatbestand eines Verbrechens ausmacht, aber die einzelne Thätigkeit für sich allein straflos ist, der Thäter im Ganzen straflos ausgehen? Man kann sich also die einzelnen europäischen Staaten Heut zu Tage nicht als durch eine chinesische Mauer von einander abgesperrt denken, so daß der eine Staat alles das, was im Nachbarstaat auf verbrecherischem Gebiet vorgeht, nicht erfahren kann oder einfach ignoriren darf. Dagegen verwahrt uns der vielhundertfältige Wechselverkehr, in dem diese Staaten und deren Einwohner zu einander stehen, — es verwahren uns dagegen die Staatsverträge, welche mit der fortschreitenden Zivilisation immer häufiger werden und auch in ausgedehnterem Maaße sich auf das Strafrechtsgebiet erstrecken, — es verwahrt uns dagegen die Theorie des internationalen Strafrechts, welcher, sofern die eigene Strafgesetzgebung nicht selbst ausreichende Vorschriften über die Bestrafung der zu dem Auslande in Beziehung stehenden Verbrechen enthalten würde, zum Zweck der Ausfüllung dieser Lücke praktische Anwendbarkeit zukommen müßte. In Baden ist man jedoch nicht genöthigt, zu diesem Auskunftsmittel seine Zuflucht zu nehmen, obgleich, wie schon in den Annalen XXXIII. S. 372 Note 1) bemerkt ist, das vortreffliche Werk von Bar, vom rein wissenschaftlichen Standpunkte aus, unseren Fall in gleicher Weise, wie es vom großh. Oberhofgericht geschehen ist, entscheidet. Es bedarf bei uns der Beihilfe des internationalen Strafrechts darum nicht, weil, wenn auch das Badische Strafgesetzbuch eine ähnliche ausdrückliche Bestimmung nicht enthält, wie z. B. die Strafgesetzbücher für das Großherzogthum Hessen [11]), Nassau [12]), Anhalt-Dessau und Köthen [13]), der gleiche Satz mit seinen Konsequenzen doch aus anderen Vorschriften unseres Strafgesetzbuches erkannt werden kann, da dieselben nur als Ausflüsse des in jenen Gesetzbüchern ausdrücklich aufgestellten Grundsatzes erscheinen.

Dies wurde in der in den Annal. XXXIII. S. 369 mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidung ausgesprochen, sowie in der bezüglichen Abhandlung näher nachzuweise nunternommen, und der in den Annal. XXXIV. S. 262 erschienene Versuch einer Widerlegung jener Ansicht wird wohl, wie in gegenwärtiger Ausführung mit genügenden Gründen gezeigt sein dürfte, als völlig mißlungen anzusehen sein.

Zur Verstärkung der bisher geltend gemachten Argumente wird noch auf §. 9 Abs. 3 der Str.P.O. und Ammann hiezu Bem. 1 und 3, sowie auf §. 11 der Str.P.O. und Ammann hiezu Bem. 1, und §. 15 der Str.P.O. hingewiesen. Was die Str.P.O., wo es sich um Versuchs- und Vollendungshandlungen, ferner um mehrere Thätigkeitsäußerungen, die zusammen den Thatbestand eines Verbrechens bilden, handelt, für den Fall, daß sie in verschiedenen Gerichtsbezirken des Inlandes vorgenommen werden, als nothwendig und geboten erklärt, daß nämlich die verschiedenen gleichzeitig zur Untersuchung kommenden Verbrechen einer und derselben Person — wozu nach Bekk in seinen Erläuterungen zur Strafprozeßordnung vom Jahre 1845 S. 71 ff. auch die einzelnen Uebertretungen bei einem fortgesetzten Verbrechen zu rechnen sind — sämmtlich nur von einem und demselben Gericht untersucht und nur von einem und demselben Gericht abgeurtheilt werden sollen, — davon kann nicht, wenn von den verschiedenen Bezirken der eine im Inlande, der andere im Auslande liegt, das Gegentheil nothwendig und geboten erscheinen, sondern die Gleichheit der thatsächlichen Ver-

---

[11]) Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, Art. 3: „Strafbare Handlungen, welche außerhalb der Grenzen des Großherzogthums angefangen, aber innerhalb derselben vollendet, oder innerhalb angefangen, aber außerhalb vollendet worden sind, werden ebenso betrachtet, als wären sie im Großherzogthum angefangen und vollendet worden."

[12]) Strafgesetzbuch für das Herzogthum Nassau Art. 3 stimmt wörtlich mit dem großh. hessischen Strafgesetzbuch überein.

[13]) Strafgesetzbuch für die Herzogthümer Anhalt-Dessau und Köthen, Art. 2 a. E.: „Strafbare Handlungen, welche im Auslande angefangen und im Inlande vollendet sind, oder umgekehrt, werden so betrachtet, als wären sie im Inlande angefangen und vollendet."

Digitized by Google

hältniſſe drängt zur Befolgung auch des gleichen Grundſatzes in allen gleichen Fällen.

Wenn im einzelnen Falle zugleich auch ein ausländiſches Gericht nach der ausländiſchen Strafgeſetzgebung zur ſtrafgerichtlichen Verfolgung zuſtändig iſt, wenn es ferner von ſeiner Zuſtändigkeit Gebrauch gemacht hat, und wenn ſchließlich der Thäter von einem auswärtigen Gerichte wegen aller im In- und Auslande begangener Fortſetzungshandlungen abgeurtheilt worden iſt, ſo tritt bezüglich des Inlandes die Beſtimmung des §. 8 des Str.G.B. in Wirkſamkeit. Wird aber wie im Falle Bollier, die Gerichtsbarkeit über das eine Verbrechen zwiſchen Inland und Ausland faktiſch getheilt und die des Inlandes auf die im Inlande begangenen Fortſetzungshandlungen beſchränkt, ſo daß darin zugleich eine Anerkennung der auswärtigen Gerichtsbarkeit über die im Auslande an im Auslande befindlichen Ausländern begangenen Fortſetzungshandlungen und des in dieſem Umfange ergangenen auswärtigen Urtheils liegt, ſo kann, da auch in dieſem Falle die geſetzlich als ein Verbrechen und damit als ein an ſich untheilbares und milder zu beſtrafendes Ganzes erſcheinenden mehreren Uebertretungen aus jenem rein äußerlichen Umſtande nicht in mehrere für ſich beſtehende und im Ganzen härter zu ahndende ſtrafbare Handlungen zerfallen können, nichts anderes eintreten, als ein Zuſatzurtheil mit einer Zuſatzſtrafe [14]) zu dem bereits wegen des nämlichen Verbrechens ergangenen Urtheile und der darin erkannten Strafe. — Wenn der Herr Verfaſſer der Entgegnung ſich auf ſeine Erfahrung dafür beruft, wie es in Oeſterreich, Preußen, Baiern, Württemberg und der Schweiz gehalten werde in den Fällen, wo badiſche Staatsangehörige zuſammentreffende Diebſtähle theils in jenen Ländern, theils in unſerem Lande verübt hatten, und wenn er verſichert, daß alle Gerichte der genannten Länder ſich nur hinſichtlich der in ihren Ländern, nicht aber auch hinſichtlich der in Baden verübten Diebſtähle der Unterſuchung und Aburtheilung unterzogen, daß ſie dagegen letztere den badiſchen Gerichte überlaſſen haben, ſo wird dies allerdings von Rechtswegen geſchehen ſein. Denn es kommt hiebei ſelbſtverſtändlich auf die Strafgeſetzgebungen der genannten Länder an, welche die betreffenden auswärtigen Gerichte bei Behandlung jener Fälle ohne Zweifel beobachtet haben, und da z. B. das preußiſche Strafgeſetzbuch ein fortgeſetztes Verbrechen gar nicht kennt, ſo wird es auch leicht erklärlich ſein, daß die Gerichte der genannten Länder, insbeſondere Preußens, wie angegeben, verfahren. Allein wie die badiſchen Gerichte zu verfahren haben, iſt eine andere Frage, und dieſe kann nicht durch die Hinweiſung auf die Urtheile jener ausländiſchen Gerichte gelöſt werden. Die badiſchen Gerichte haben ſich unzweifelhaft weder nach fremden Strafgeſetzgebungen noch nach einer fremden Gerichtspraxis zu richten, da für den badiſchen Richter ſicherlich nicht ein fremdes Beiſpiel, ſondern nur die badiſche Strafgeſetzgebung maaßgebend iſt, — und das allein, was dieſe badiſche Strafgeſetzgebung vorſchreibt, bildet die Streitfrage. Nach der Theorie des badiſchen Strafgeſetzbuches iſt aber unbeſtritten das fortgeſetzte Verbrechen als ein Verbrechen zu behandeln, und es kann nicht im mindeſten zweifelhaft ſein, daß in den von der Entgegnung angeführten Fällen, wo badiſche Staatsangehörige im Auslande und im Inlande zuſammentreffende Diebſtähle begehen, nach den §§. 3 und 4 des Str.G.B. die Thäter nicht nur wegen der im Inlande, ſondern auch wegen der im Auslande verübten Diebſtähle unter der Gerichtsbarkeit und den Strafgeſetzen des Inlands ſtehen, ſelbſt wenn die Diebſtähle nicht nach den §§. 181. 478 des Str.G.B. als ein (fortgeſetztes) Verbrechen zu behandeln wären, — und ebenſo iſt nach der angefochtenen Anſicht zu entſcheiden, wenn der Urheber der mehreren theils im Inlande theils im Auslande ausgeführten, nach den §§. 181 und 478 des Str.G.B. nur ein Verbrechen bildenden Diebſtähle ein Ausländer iſt. Danach hat ſich bisher auch die Praxis der badiſchen Gerichte, ſoweit ſie dem Unterzeichneten bekannt iſt, gerichtet, wofür er ſich auf die langjährige Erfahrung des Herrn Verfaſſers der Entgegnung ſelbſt berufen kann; und ferner wird man auch das Zeugniß Puchelt's in ſeinen Erläuterungen zum Strafgeſetzbuch, welcher die Praxis mehrerer Gerichtshöfe aus eigener Erfahrung für ſich geltend machen kann,

[14]) Sofern bei Beurtheilung aller Fortſetzungshandlungen, dieſe als ein Ganzes betrachtet, die zuletzt und abgeſondert abgeurtheilte Uebertretung ohne Einfluß auf die Erhöhung der bereits erkannten Strafe wäre, ſo wird von Erkennung einer Zuſatzſtrafe Umgang genommen.

Puchelt, Erläuterungen des Strafgeſetzbuches zu §. 165 Bem. 3.

Digitized by Google

dafür anführen können, da er zu §. 165 in Bemerk. 3, zu §. 477 in Bemerk. 10, zu §. 479 in Bemerk. 8 obigen Satz ohne alle Unterscheidung bestätigt.

Auch der in der Entgegnung zum Beistand angerufene Aufsatz Wächter's ist nicht im Stande die in ihr festgehaltene Ansicht zu rechtfertigen. Wenn nämlich auf S. 265 davon geredet wird, wie das großherzgl. Oberhofgericht und der Aufsatz in den Annalen XXXIII. S. 369 ff. eine gewisse von Wächter entlehnte Unterscheidung gänzlich außer Acht gelassen haben, und damit zu verstehen gegeben wird, daß von dieser Unterscheidung das Heil der staatsanwaltschaftlichen Nichtigkeitsbeschwerde hätte abhängig gemacht werden sollen, so muß ich offen bekennen, daß es mir nicht gelungen ist, ausfindig zu machen, in welchem Zusammenhang jene Unterscheidung mit dem Falle Bollier stehen soll. Wächter stellt, wie in der allegirten Stelle mitgetheilt wird, in Goltdammer's Archiv Band VIII. S. 1 ff. den Satz auf, daß bei einem fortgesetzten Verbrechen die verschiedenen Gliederungen, aus denen dasselbe besteht, unter verschiedene rechtliche Einflüsse fallen können, und daß dann jede nach dem rechtlichen Einfluß zu beurtheilen ist, unter den sie fällt, — und er fährt alsdann, was die Entgegnung verschweigt, fort: daß **diese Möglichkeit**, unter verschiedene rechtliche Einflüsse zu fallen, vorliege bei einer **neuen Gesetzgebung** und bei der **Verjährung.**" Eine dritte Möglichkeit, worunter der Fall Bollier untergebracht werden könnte, führt Wächter nicht an, unzweifelhaft deßhalb, weil er eine solche selbst nicht für möglich erachtet. Er führt hierauf die jenem Satze unterstellten zwei Fälle näher aus und spricht erstens von in fortgesetzter That verübten Handlungen, von denen der eine Theil unter dem Gesetz der Vergangenheit, wonach sie straflos sind, der andere Theil unter der Herrschaft des neuen Gesetzes, das solche Handlungen für strafbar erklärt, begangen worden sind, und Wächter entscheidet sich nun dahin, daß der Richter die in die Vergangenheit fallenden Handlungen als straflos behandeln muß. Zweitens behauptet Wächter, daß die einzelnen Akte eines fortgesetzten Verbrechens durch die Verjährung getrennt werden müssen, sobald ein Theil dieser Akte jenseits der Verjährungszeit liegt, und erklärt diese letzteren Fortsetzungshandlungen als der gerichtlichen Beurtheilung und Bestrafung entzogen. Daß diese Entscheidungen Wächter's auch nach unserem Strafgesetzbuch einerseits geltend gemacht, andererseits aber auch wieder bestritten werden können, wird wohl einleuchtend sein, — daß aber im Falle Bollier es sich weder um eine frühere Gesetzgebung handelt, welche die Urkundenfälschung für straflos erklärt, noch um Fortsetzungshandlungen der Fälschung, deren gerichtliche Verfolgung, sofern eine Ausscheidung statthaft sein sollte, zur Zeit der Einschreitung gegen den Thäter schon verjährt gewesen wäre, noch um irgend einen anderen Straflosigkeits- oder Straftilgungsgrund in Beziehung auf einen Theil der Fortsetzungshandlungen, mit Ausnahme des auswärtigen Urtheils, welches jedoch die inländischen Gerichte respektirt haben, und welches nur nach Ansicht der Staatsanwaltschaft ignorirt werden sollte, ist ebenso einleuchtend. Durch den Gebrauch solcher Gründe, welche man, mit Verlassung des Kampfplatzes, gegen Luftgebilde in das Feld führt, wird die Streitfrage nicht beleuchtet, sondern umgangen.

Hiernach muß, weil Wächter von unserem Falle gar nicht spricht, als unerheblich erscheinen, ob, wie die Entgegnung auf S. 265 behauptet, Schwarze und Hälschner bezüglich der fortgesetzten Verbrechen mit der Ausführung Wächter's einverstanden seien. Es dürfte jedoch nicht uninteressant sein, zu erfahren, daß sich die Entgegnung auch mit dieser ihrer Behauptung im Irrthume befindet.

Schwarze gibt sich in Goltdammers Archiv Bd. VIII. S. 343 ff. und S. 433 ff. mit der von Wächter das S. 1 ff. behandelten Frage gar nicht ab, sondern kritisirt ein Werk des Professors Dr. John über das fortgesetzte Verbrechen und die Verbrechenskonkurrenz, indem er insbesondere den in diesem Werke aufgestellten Begriff des fortgesetzten Verbrechens zu bekämpfen sucht. Daß aber die Feststellung dieses Begriffs mit unserer Frage nichts zu schaffen hat, ergibt sich zur Genüge aus den §§. 181 und 479 des Str.G.B., wonach davon für unseren Fall nichts abhängig gemacht wird, indem derselbe, gleichviel ob die Voraussetzungen des eigentlichen fortgesetzten Verbrechens vorliegen oder nicht, jedenfalls als solches behandelt werden muß. Zwar zitirt Schwarze auf S. 345 a. a. O. den Aufsatz Wächter's S. 5. ff. in Betreff der Verjährung, ohne jedoch die Ansicht Wächter's auch nur mit einem einzigen Worte einer eigenen Prüfung

Digitized by Google

zu unterwerfen. Dagegen aber beschäftigt sich Schwarze, was entscheidend ist und die Entgegnung übersehen zu haben scheint, im Beilageheft des XVIII. Jahrgangs (1866) des Gerichtssaals mit der von Wächter a. a. O. angeregten Frage bezüglich der Verjährung in sehr eingehender Weise, kommt jedoch keineswegs zu einem mit der Ansicht Wächter's übereinstimmenden Ergebniß.

Er stellt vielmehr, im Einklange mit seiner schon früher im Archiv des Criminalrechts 1843 S. 461 mitgetheilten Ausführung, jene Ansicht als unrichtig dar, indem er auf S. 53 sagt:

„Indem das Gesetz das fortgesetzte Verbrechen als eine Einheit behandelt und den Endpunkt desselben in dem letzten verbrecherischen Akt findet, kann auch die Verjährung des Ganzen nur mit diesem Endpunkte beginnen.

Es kann hier nicht entscheiden, ob bei einem Wechsel in der Gesetzgebung über die Verjährung die in die Herrschaft des älteren Gesetzes fallenden Akte, nach Befinden, einer milderen Beurtheilung zu unterstellen seien, als wenn sie, in Verbindung mit den späteren Akten, insgesammt nach dem neuen Gesetze, welches strengere Bestimmungen enthält, beurtheilt werden. Die Einheit wirkt hier ebenso, als wenn der Thäter verschiedene, die fortschreitende Ausführung eines Verbrechens enthaltende Versuchshandlungen begangen hat, welche in verschiedene Zeiträume mit verschiedener Gesetzgebung fallen. Ebenso wird man nicht, wenn etwa das ältere Gesetz das härtere ist, die in dessen Herrschaft fallenden älteren Akte für nicht verjährt, die unter das neue, mildere Gesetz fallenden Akte aber für verjährt erklären, — auch hier führt die Einheit des Verbrechens zur Stellung aller Akte unter das neue Gesetz, nicht weil es das mildere ist, sondern weil es dasjenige ist, unter dessen Herrschaft der Endpunkt des Verbrechens steht."

Was aber die angerufene Autorität Hälschner's betrifft, so ist der Irrthum der Entgegnung nicht weniger klar. Nicht nur bei fortdauernden Verbrechen, wie die Entgegnung zugibt, sondern auch bei fortgesetzten Verbrechen verwirft derselbe den oben angeführten Grundsatz Wächter's vollständig. Hälschner läßt nämlich bei keiner dieser Verbrechensarten rechtliche Umstände gelten, welche hindern könnten, die eine verbrecherische Handlung als ein einziges Verbrechen anzusehen und zu beurtheilen, oder welche nöthigen sollten, das eine (fortgesetzte oder fortdauernde) Verbrechen in zwei Handlungen aufzulösen und jede derselben sodann getrennt zu betrachten und zu behandeln. Hälschner stellt vielmehr, statt des von Wächter verfochtenen Grundsatzes, ganz andere Sätze als maßgebend auf. Danach ist beim Eintritt einer neuen Gesetzgebung zu unterscheiden, ob nach der früheren Gesetzgebung die nach der neuen Gesetzgebung strafbare Handlung ebenfalls strafbar, oder ob sie straflos ist. Für den ersten Fall lautet bezüglich des fortgesetzten Verbrechens in allen seinen Gliederungen die Ansicht Hälschner's: „Wenn während des von einem fortgesetzten Verbrechen umfaßten Zeitraums ein Wechsel in der Gesetzgebung eintritt, so gilt für die Anwendbarkeit des alten oder neuen Gesetzes der Grundsatz, daß das fortgesetzte Verbrechen unter der Herrschaft des neuen Gesetzes beendet und darum begangen ist, und lediglich nach **diesem**, selbst wenn es das härtere sein sollte, beurtheilt werden muß." Ist dagegen die nach der neuen Gesetzgebung strafbare Handlung nach der früheren straflos, so kann man nach Hälschner — und das scheint mir sonnenklar zu sein — nicht von einem fortgesetzten **Verbrechen** reden, dessen einer Theil seiner Gliederungen unter die frühere, und dessen anderer Theil unter die neue Gesetzgebung fällt. Denn es fehlt die Einheit des verbrecherischen Entschlusses, da der Handelnde früher etwas Erlaubtes, später etwas Strafbares beabsichtigt. „Hieraus folgt also," erklärt Hälschner, „daß die einzelnen Gliederungen der fortgesetzten Thätigkeit von zwei verschiedenen Absichten bestimmt sind, wonach in Wahrheit zwei verschiedene Handlungen vorliegen, von denen die eine in Folge des zur Zeit ihrer Begehung geltenden Gesetzes erlaubt und straflos, dagegen die andere verbrecherisch und strafbar ist, — zwei Handlungen, welche unter keiner Bedingung zu **einer** fortgesetzten Handlung zusammenfaßt werden dürfen." Hienach dürfte unzweifelhaft sein, daß Hälschner in jenem Falle die einzelnen Gliederungen des fortgesetzten Verbrechens nicht trennt, in diesem ein fortgesetztes Verbrechen nicht anerkennt und daher in beiden Punkten mit Wächter nicht in Uebereinstimmung ist (m. s. Goltdammer, a. a. O. S. 445 ff.) —

Kommt endlich die Verjährung in Frage, so wird

Digitized by Google

von Hälschner, ebenso wie von Berner S. 255 seines Lehrbuchs, und Köstlin a. a. O. S. 493, deren Ansicht Wächter selbst früher theilte (Goltdammer a. a. O. S. 14.), — auch beim fortgesetzten Verbrechen die in Goltdammers Archiv a. a. O. entwickelte Ansicht Wächter's, gerade wie beim fortdauernden Verbrechen (Goltdammer a. a. O. S. 452 ff.) ebenfalls durchaus verworfen, indem für das fortgesetzte Verbrechen, weil es in seinem individuellen Thatbestand in Wahrheit erst mit dem Augenblick des vollbrachten letzten Einzelaktes als zusammengehöriges Ganzes begangen ist, erst von diesem Tage an die Verjährung zu laufen beginnt (Goltdammer a. a. O. S. 451 ff.) Es stellt sich folglich heraus, daß Hälschner nicht, wie die Entgegnung behauptet, mit der Ausführung Wächter's hinsichtlich der fortgesetzten Verbrechen einverstanden ist, sondern daß er in keiner Beziehung damit einverstanden ist.

Wenn die Entgegnung schließlich mit Berufung auf Welker — was sich aber auch ohne Welkers Autorität von selbst versteht und wofür man sich eben so gut auf die communis opinio der Theoretiker und Praktiker aller Völker und aller Zeiten hätte berufen können — darauf hinweist, daß das, was dem Gesetz entspricht, auch gerecht ist, so hat sie sich mit dieser Erinnerung an das Gesetz offenbar an die falsche Adresse gewendet. Diese Erinnerung wäre an ihrem Platze gewesen der in den Annal. XXXIII. S. 370 mitgetheilten Ausführung der Staatsanwaltschaft gegenüber, welche ihre Ansicht, indem sie sich über das, was unser Strafgesetzbuch sagt, hinwegsetzt, lediglich auf eine Theorie stützt und stützen kann, die in der Wissenschaft vom philosophischen Standpunkte aus begründet wird und ihre vielen Anhänger haben mag, die aber wie in den Annalen XXXIII. S. 369 ff. nachgewiesen ist und auch in der Entgegnung Annal. XXXIV. S. 264 zugegeben wird, in ihrer Ausschließlichkeit in Baden nicht Gesetz ist und daher keine allgemein praktische Bedeutung ansprechen kann, sondern auf ihren rein wissenschaftlichen Werth beschränkt bleibt, [15]) — wogegen die in dem angegriffenen oberhofgerichtlichen Urtheil und in der angegriffenen Abhandlung vertheidigte Ansicht sich lediglich auf das Gesetz stützt und nur durch das Gesetz gerechtfertigt wird. Hiernach scheint mir noch immer das großh. Oberhofgericht im Rechte zu sein, wenn es — statt in Folge der der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft zu Grunde liegenden Ansicht, um mit Breidenbach zu reden, eine Satyre auf die Gerechtigkeit zu liefern — die Bestätigung des durch die Natur der Sache so dringend gebotenen, in anderen deutschen Strafgesetzbüchern ausdrücklich ausgesprochenen Satzes in den Bestimmungen der §§. 3 ff. 180. 181. 479 unseres Strafgesetzbuches folgerungsweise gefunden hat. Selb.

[15]) Der in dem Zitat auf S. 264 in der Entgegnung angeführte Bremer spricht sich hierüber auf S. 439 a. a. O. treffend dahin aus: Die positiven Gesetze sind das praktisch geltende Recht, und die Satzungen der allgemeinen Rechtsordnung etwas blos Ideales. Wirkliche Geltung hat das Recht nur als Recht eines konkreten Staates; nur die Gesetze dieses oder jenes bestimmten Staats zu befolgen, kann Rechtspflicht sein; auf die Satzungen einer allgemeinen und deßhalb keinem bestimmten Staate angehörigen Rechtsordnung ist Niemand rechtlich verpflichtet. Um es mit einem Worte zu sagen: nur die positiven Gesetze sind maaßgebend für die strafrechtlichen Verpflichtungen," — und nur die positiven Gesetze, ist beizufügen, für die strafrechtlichen Beurtheilungen.

19.

Auch dem Ueberbürgen (certificateur en caution, fidejussor fidejussoris), L.R.S. 2014 Abs. 2, steht die Einrede der Vorausklage zu, aber nur unter denselben Voraussetzungen, unter welchen sie dem Bürgen in L.R.S. 2022. 2023 gewährt ist.

Seuffert, Archiv Bd. 13 No. 223 S. 312.

Das großh. Oberhofgericht hat in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 14. Januar 1869,

In Sachen
des Kaufmanns Louis Koch in Constanz,
Klägers, Appellanten, Oberappellaten
gegen
Xaver Rieſter von Abausen und Genossen
Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,
Forderung betreffend,

ausgesprochen:

„Der Ueberbürge, welcher sich für den Bürgen verbürgt hat, steht zu diesem in demselben Verhältniß, wie

der Hauptbürge zu dem Hauptschuldner; ihm gegenüber stellt sich der Hauptbürge als Schuldner dar. Hiernach kann der Ueberbürge der Klage des Gläubigers auf Zahlung der Schuld wohl die Einrede der Vorausklage entgegenhalten, aber nur unter denselben Voraussetzungen, wie solche dem Hauptbürgen zusteht, nämlich nur unter gleichzeitiger Bezeichnung der Güter des Hauptbürgen, aus welchen der Gläubiger zu seiner Befriedigung gelangen kann und mit dem Anbieten des Kostenvorschusses.

L.R.S. 2022. 2023

Auch der, von der hiezu niedergesetzten Commission bearbeitete, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, wie solcher aus der zweiten Lesung hervorging (1866), ist bei Bezeichnung der Rechte und Verbindlichkeiten des Ueberbürgen, Nachbürgen, Afterbürgen, von demselben Grundsatze ausgegangen.

Nach den Art. 934 und 936 dieses Entwurfs kann nämlich derjenige, welcher sich dem Gläubiger gegenüber nur für die Erfüllung der von dem Bürgen, als solchem, übernommenen Verbindlichkeit verbürgt hat, wenn er vor dem Hauptschuldner und vor dem Hauptbürgen von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, verlangen, daß der Gläubiger nicht nur den Hauptschuldner, sondern auch den Hauptbürgen vorerst ausklage, es sei denn, daß die Ausklagung derselben wegen Unbekanntschaft oder Wechsels ihres Wohnsitzes erheblichen Schwierigkeiten unterliegt, oder daß der eine oder der andere in Concurs gerathen oder sonst zahlungsunfähig ist.

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß auch der Ueberbürge von der Einrede der Vorausklage nur unter den gleichen Beschränkungen Gebrauch machen kann, wie der vor dem Hauptschuldner belangte unmittelbare Bürge.

Dies folgt übrigens auch aus der Bestimmung des L.R.S. 2014 Abs. 2, nach welcher die mittelbare Bürgschaft der für die Hauptschuld geleisteten unmittelbaren Bürgschaft schlechthin gleichgestellt ist. Red.

20.

Vollstreckung ausländischer Urtheile. Wechselordnung.

1) Die Vollstreckung von Urtheilen königl. bairischer Gerichte geschieht in Baden nach Maaßgabe der im Centr.V.Bl. 1866 S. 31 republizirten kön. bairischen Verordnung vom 2. Juni 1811.
2) Darnach hat der Ausländer, welcher das Urtheil erwirkt hat, erst nach Befriedigung der sich meldenden inländischen Gläubiger Anspruch auf den Erlös der zu seinen Gunsten gepfändeten Fahrnisse.
3) Daran ändert es nichts, wenn die Forderung des Ausländers von Wechseln herrührt und steht insbesondere Art. 6 des bad. Einf.Ges. zur Wechselordnung nicht entgegen, der sich nur auf Wechselfähigkeit und Wechselförmlichkeit bezieht.

Anknüpfend an meine Mittheilung über die Zuständigkeit zur Vollstreckbarerklärung bair. Gerichte, folgt hier eine solche über die Vollstreckung solcher Urtheile, wie sie in einer Reihe von Prozessen gleichmäßig ergangen ist.

Zu dem Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 16. April 1867 In Sachen des M. Walter von Sinzheim bei Baden gegen J. G. von Besserer in München, Einsprache gegen die Vollstreckung J. S. des Letzteren gegen Alfred von Oberndorff in Baden betr., besagen die

Entscheidungsgründe:

Es ist unter den Parteien kein Streit über die der Einsprache zu Grunde liegenden Thatsachen, insbesondere sind die beiderseitigen Forderungen an den gemeinsamen Schuldner zugegeben, sowie daß bei dem letztern in Folge einer von großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg verfügten Vollstreckung, Fahrnisse im Werthe von ungefähr 5000 fl. zu Gunsten des Einspruchsbeklagten gepfändet worden sind, und daß diese Vollstreckung auf Grund des Urtheils eines bayerischen Gerichtes erwirkt wurde. Da nun durch Erlaß großh. Justizministeriums vom 28. März v. J., No. 2647, eine königl. bairische Verordnung vom 2. Juni 1811, die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betreffend, mit der Weisung öffentlich verkündet wurde, sich im Wege der Gegenseitigkeit nach dieser Verordnung zu achten (Central-Verordnungsbl. 1866 No. 7), so hat in Gemäßheit des §. 846 der Pr.O. die Vollstreckung der Urtheile bairischer Gerichte nach den Vorschriften der bairischen Verordnung vom 2. Juni

Digitized by Google

1811 zu geschehen, ohne daß es darauf ankäme, ob das Urtheil gegen einen bairischen Unterthan, oder gegen den Angehörigen eines andern Staates erlassen worden ist, indem nach dem klaren Wortlaut des Eingangs des §. 847 der Pr.O. Ziff. 1 desselben nur dann Anwendung finden würde, wenn keine auf den Grund der Gegenseitigkeit erlassene Vorschriften über Vollstreckung der Urtheile der bairischen Gerichte bestünden.

Hiernach müssen die Bestimmungen der bairischen Verordnung bei der Vollstreckung bairischer Urtheile im Großherzogthum maaßgebend sein; diese Verordnung stellt aber hauptsächlich zwei Erfordernisse auf, um der Vollstreckung fremder Urtheile Eingang zu verschaffen: einmal muß dargethan sein, daß in dem auswärtigen Staate, von dessen Gerichten erkannt worden ist, keine tauglichen oder hinreichende Vollstreckungsmittel vorhanden seien, und sodann daß keine diesseitigen Unterthanen mit Forderungen sich gemeldet haben, rücksichtlich welcher ihnen an den gepfändeten Sachen wenigstens ein gleiches Recht gesetzlich zusteht.

Was nun das erste Erforderniß betrifft, so kann ohne die verlangte Nachweisung die Vollstreckung gar nicht erkannt werden, da aber diese durch großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg verfügt wurde, muß die Prüfung der zu liefernden Nachweisung dort bereits erfolgt und genügend befunden worden sein, und kann nach stattgegebener Vollstreckung dieser Nachweis nicht noch einmal verlangt werden. Anders verhält es sich dagegen mit dem zweiten Erforderniß; die Anmeldung von Forderungen inländischer Gläubiger kann naturgemäß bei Fahrnißpfändungen, hinsichtlich welcher eine öffentliche Bekanntmachung gemäß §. 3 der Verordnung vom 2. Juni 1811 nicht vorgeschrieben ist, erst nach Verfügung der Vollstreckung und nach geschehener Pfändung erfolgen, da erst hiedurch inländische Gläubiger von der Vollstreckung Kenntniß erhalten können, die Wahrung der Rechte inländischer Gläubiger wäre daher illusorisch, wenn sie Forderungen vor Erkennung der Vollstreckung anmelden müßten.

Zudem geht aber §. 2 Ziff. 2 der Verordnung vom 2. Juni 1811 selbst von der Voraussetzung aus, daß die Pfändung der Fahrnisse bereits erfolgt sein muß, ehe die Anmeldung zu geschehen hat, da mit der Anmeldung zugleich der Nachweis zu liefern ist, daß dem inländischen Gläubiger, gerade an den gepfändeten Gegenständen mindestens ein gleiches Recht wie dem ausländischen Gläubiger zusteht. Andererseits kann für die gegentheilige Ansicht aus dem Ausdruck der Verordnung: der Vollstreckung wird „stattgegeben," nichts gefolgert werden, da sich diese Stattgebung offenbar auf den ganzen Verlauf der Vollstreckung erstreckt, daher eine Einsprache bis zur Ausfolgung des Erlöses der gepfändeten Fahrnisse zulässig erscheinen muß. Da es endlich bei dem klaren Zweck der fraglichen Bestimmungen die Rechte inländischer Gläubiger zu sichern, nicht darauf ankommen kann, ob der gemeinsame Schuldner ein Inländer ist, oder nicht, und dem Einsprachskläger unzweifelhaft ein gleiches Recht an den gepfändeten Fahrnissen für seine Forderung zusteht, wie dem Einsprachsbeklagten (L.R.S. 2093), so mußte nach dem in heutiger Tagfahrt modificirten Klagbegehren erkannt werden (d. h., daß der Einsprachskläger vor dem Einsprachsbeklagten zur Befriedigung komme.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Auf Berufung des Einsprachsbeklagten wurde dies Urtheil vom Appellationssenate Offenburg unterm 15. November 1867 bestätigt aus folgenden

Gründen:

Der Einsprachsbeklagte Appellant ist durch das Urtheil des großh. Kreisgerichts Baden, dessen Gründe diesseits adoptirt worden, nicht beschwert.

Auch die zur Begründung der Appellationsbeschwerde in dieser Instanz neu aufgeführten Thatsachen sind nicht im Stande, diese Beschwerde zu rechtfertigen.

Wenn nämlich auch, wie vom appellatischen Theile nicht bestritten wird, die Forderung des Einsprachsbeklagten an Graf von Oberndorff, zu deren Bezahlung dieser durch das Handelsgericht München verurtheilt wurde, eine Wechselforderung ist, so bleibt dessen ungeachtet die durch die Verordnung vom 2. Juni 1811 sanctionirte, vorzügliche Berücksichtigung eines von einem inländischen Gerichte erlassenen Urtheils gegenüber einem fremdrichterlichen Erkenntnisse aufrecht erhalten.

Der Art. 6 des badischen Einführungsgesetzes zur allgemeinen deutschen Wechselordnung, welcher bestimmt, daß unter „Inland" das ganze Gebiet, auf welchem die deutsche Wechselordnung Geltung hat, zu verstehen sei, bezieht sich nämlich nur auf jene Rechtsverhältnisse, bezüglich deren die Wechselordnung einen Unterschied zwischen Inland und Ausland aufstellt, nämlich die in Art. 84—86 der Wechselordnung aufgeführten. Es ist

Digitized by Google

aber dort nur von den Erforderniſſen der Gültigkeit und rechtlichen Wirkſamkeit eines Wechſels (Wechſelfähigkeit und Wechſelförmlichkeit) die Rede, keineswegs aber von der Wirkſamkeit eines im Auslande ergangenen Urtheils. Hierüber beſtimmt nicht die Wechſelordnung, ſondern entſcheiden die Prozeßgeſetze eines jeden einzelnen Landes.

Wenn daher auf Grund eines Prozeßgeſetzes, eines Staatsvertrages oder einer auf die Grundſätze der Gegenſeitigkeit beruhenden, durch Verordnung ſanctionirten Uebung ein Unterſchied beſteht zwiſchen der Vollſtreckbarkeit eines von einem inländiſchen Gerichte erlaſſenen und eines fremdrichterlichen Urtheils, ſo beſteht derſelbe zu Recht auch bei einer Wechſelforderung.

(Der Reſt beſchäftigt ſich mit Widerlegung des Gutachtens eines bair. Advokaten, worin die Gleichberechtigung der Ausländer und ausländiſcher Urtheile verwechſelt war.) Dr. Puchelt.

21.

Auch für die Klage auf Vermögensabſonderung iſt die Eideszuſchiebung kein zuläſſiges Beweismittel.

§. 1058 Abſ. 2 §. 1042 der Pr.O.

In Sachen
der Jakob Sutter Ehefrau, Katharina geborene Jäger in Grafenhauſen, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin
gegen
ihren Ehemann Jakob Sutter von da, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Vermögensabſonderung betreffend,

hatte ſich die Klägerin zum Beweiſe der Behauptung, daß der Beklagte den Fahrnißerlös in ſeinen Nutzen verwendet habe, nur die Eideszuſchiebung bedient.

Das großh. Oberhofgericht ſprach jedoch in den Gründen zu ſeinem Urtheil vom 10. Dezember 1868 aus:

Die Eideszuſchiebung iſt in Prozeſſen über Vermögensabſonderung, wenn ſie als alleiniges Beweismittel zum Beweis der Klage benützt werden will, durch §. 1058 vergl. mit 1042 der Pr.O. ausgeſchloſſen, indem nach dieſer Beſtimmung weder ein ausdrückliches, noch ein fingirtes Geſtändniß für ſich allein den Kläger ſeiner Beweispflicht entbindet, und daher auch in ſolchen Fällen, wo das Geſtändniß des Beklagten allein zur Beweislichkeit nicht zureichend iſt, auch die Eideszuſchiebung als alleiniges Beweismittel nicht zugelaſſen werden kann.

Motive der Reg. und Com.Ber. der II. Kammer zu §. 1049 der Pr.O. Red.

22.

Bruch der Landesverweiſung.

Als am 2. Auguſt 1865 von der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Carlsruhe gegen die Louiſe Götz von Oertingen, Königreich Würtemberg, wegen dritten Diebſtahls eine Arbeitshausſtrafe von ſechs Monaten ausgeſprochen wurde, hat ſich die Frage aufgeworfen, ob gegen den wegen dritten Diebſtahls verurtheilten Ausländer in Anwendung des §. 43 des Str.G.B. auf Landesverweiſung erkannt werden muß.

Das großh. Oberhofgericht hat auf die von großh. Staatsanwaltſchaft ergriffene Nichtigkeitsbeſchwerde dieſe Frage bejaht, und die Landesverweiſung ausgeſprochen. Die Gründe ſind Annalen Bd. 31 S. 254 angegeben.

Dieſes Urtheil wurde der Louiſe Götz ordnungsmäßig eröffnet, und dieſelbe nach erſtandener Strafe an die Grenze abgeliefert. Sie erhielt alsbald von ihrer Heimathsbehörde ein neues Dienſtbuch ausgeſtellt und verfügte ſich nach Bruchſal; dort deponirte ſie ihr Dienſtbuch bei dem großh. Bezirksamt und trat unbehelligt in einen Dienſt; wahrſcheinlich wurden auf dem Polizeibureau entweder die Liſten der des Landes verwieſenen Perſonen nicht ſorgfältig geführt oder die Sache ſonſt überſehen. Nach einigen Monaten ſtahl die Louiſe Götz abermals, ſie wurde wegen Rückfalls in den dritten Diebſtahl und wegen Bruchs der Landesverweiſung angeklagt, jedoch nur wegen des erſteren Vergehens verurtheilt, hingegen von der Anklage des Bruchs der Landesverweiſung freigeſprochen. In den Entſcheidungsgründen iſt geſagt, daß die Angeklagte dieſes Vergehens deßhalb nicht für ſchuldig erklärt werden konnte, „weil, wenn ſie auch trotz des gegen ſie in dieſer Hinſicht ergangenen frühern Urtheils nicht nach §. 19 des Strafgeſetzbuches auf kurze Zeit zur Beſorgung einzelner Angelegenheiten die polizeiliche Erlaubniß im Großherzogthum erhalten hatte, doch, alsdann, wenn ſie, wie geſchehen, ihr Dienſtbuch unbeanſtandet bei der Polizeibehörde übergeben und daraufhin in Bruchſal einen

Digitized by Google

Dienſt genommen hatte, bei ihr das Bewußtſein eines geſetzwidrigen Aufenthaltes im Großherzogtum nicht mehr unterſtellt werden kann.“

Dieſe Entſcheidung ſcheint mir bedenklich. Allerdings kann das Verbrechen der Landesverweiſung nur vorſätzlich, nicht aus bloſer Fahrläſſigkeit begangen werden, vergleiche Criminallexikon von Jagemann und Brauer S. 456; allein der Vorſatz der Louiſe Götz ſich gegen das ihr eröffnete Verbot in das Großherzogthum zu begeben und dort aufzuhalten, war ſchon in dem Augenblick vorhanden und ſomit auch das Verbrechen vollendet, als ſie in der Abſicht, nach Bruchſal zu reiſen, die Grenze überſchritt; es iſt ein rein zufälliger Umſtand, daß die Polizei in Bruchſal ſich nicht ſofort an die Perſon erinnerte, beziehungsweiſe ein vollſtändiges Regiſter der Ausgewieſenen führt; die Strafbarkeit des bereits vollendeten Vergehens wird dadurch nicht aufgehoben, Die Louiſe Götz war deßhalb wegen Bruchs der Landesverweiſung zu beſtrafen, und konnten die vorliegenden beſondern Verhältniſſe nur etwa ſtrafmindernd berückſichtiget werden. v. Blittersdorff.

23.

Literaturberichte.

Von Herrn Profeſſor Dr. W. Behaghel (im Jahr 1866 Berichterſtatter der Commiſſion der II. Kammer über den Preßgeſetzesentwurf) iſt im verfloſſenen Jahre zu Freiburg im Br. im Verlag von Ludwig Schmidt's Buchhandlung eine Brochüre zur Erläuterung des neuen Preßgeſetzes erſchienen.

Nach der in der Einleitung niedergelegten Erklärung des Herrn Verfaſſers iſt für die Anlage dieſer Arbeit die Erwägung entſcheidend geworden, daß auch weitere Kreiſe ein großes Intereſſe daran haben, eine klare Einſicht in das wichtige Geſetz zu erlangen, deſſen kurze Beſtimmungen, wenn gleich dem Juriſten nicht ſchwer verſtändlich, bei dem Nichtjuriſten mancherlei Zweifel und Bedenken zu erregen im Stande ſind. Das Werkchen verfolgt daher vorzugsweiſe den Zweck, auch dem Nichtjuriſten die rechtliche Bedeutung der einzelnen Sätze des Geſetzes vorzuführen, die Folgen derſelben für die verſchiedenen Verhältniſſe des Lebens, welche dadurch berührt werden, zur Anſchauung zu bringen und die weſentlichen Aenderungen zu vergegenwärtigen, welche der bisherige Rechtszuſtand dadurch erlitten hat.

Auf die Einleitung folgen die auf juriſtiſchen Grundlagen beruhenden, aber in einer auch dem Nichtjuriſten verſtändlichen Sprache vorgetragenen Bemerkungen des Herrn Verfaſſers zu den einzelnen Titeln und §§. Den Schluß bildet auf S. 40 ff. ein Abdruck des Legaltextes des Preßgeſetzes.

Das in den Annalen 1866 No. 37 Ziff. 138. 1. S. 296 und 1867 No. 38 Ziff. 117 S. 299 wiederholt beſprochene Werk:

Das
badiſche bürgerliche Recht
und der
Code Napoléon,
dargeſtellt mit beſonderer Rückſicht auf die Bedürfniſſe der Praxis
von
Dr. W. Behaghel,
ordentlichem Profeſſor der Univerſität Freiburg.

Freiburg i. Br.
Verlag von Ludwig Schmidt's Buchhandlung.
1866,

hat im Laufe des vorigen Jahres ſeinen Abſchluß gefunden.

Es iſt ſehr zu wünſchen, daß dieſe wiſſenſchaftlich abgerundete, vollſtändige und zuverläſſige, aber gedrängt überſichtlich und faßlich gehaltene Arbeit, welche vorzugsweiſe geeignet iſt, in die Kenntniß des badiſchen Civilrechts einzuführen, aber auch Praktikern zur Orientirung und Auffriſchung empfohlen werden darf, fleißig benützt würde.

Dem Werke iſt ein Regiſter über die Stellen des Werkes, in welchen man die Artikel des Landrechts angeführt findet und ein alphabetiſches Sachregiſter beigegeben, was deſſen Gebrauch weſentlich erleichtern und fördern wird.

L. Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 4.**

24.

Zur Strafrechtspflege.

XXI.

Rechtsfall.

Fälschung öffentlicher Urkunden aus Gewinnsucht? Str.G.B. §. 423, zu anderen unerlaubten Zwecken? Auslegung des §. 429. Anwendung des §. 430 der Str.P.O.

Der folgende Rechtsfall, welcher durch Beschwerdeführung des Staatsanwalts an das Oberhofgericht gelangte, liefert einen weiteren Beitrag zu der Rechtsübung des obersten Gerichtshofs in dem noch mehrfach bestrittenen Gebiete der Lehre von der Fälschung öffentlicher Urkunden.

Vergl. Band 23 S. 250. ff. der Annalen.

Insbesondere erscheint derselbe in Bezug auf die Auslegung des Str.G.B. §. 429 von Bedeutung, indem in dem oberhofgerichtlichen Erkenntniß die am bezeichneten Orte S. 252 als die richtigere dargelegte Auffassung, ungeachtet der neuerdings hiegegen erhobene Bedenken [1]) entschieden gebilligt und festgehalten wurde. [2])

Der Angeschuldigte, dessen Verweisung wegen Fälschung öffentlicher Urkunden in Frage stand, Lorenz G. von Schwaningen, war ein nach seinen Verhältnissen als vermöglich zu bezeichnender Bürger von tadellosem Leumund. Seine Ehefrau zeigte schon seit Jahren Spuren geistiger Störung, wurde auch in neuester Zeit, obwohl erst nach dem die Untersuchung veranlassenden Vorgang, wirklich entmündigt.

Wegen dieses Gemüthszustandes und nach dem Charakter der Ehefrau, war es, wie die Untersuchung bestätigte, sehr schwierig, wohl kaum ausführbar, dieselbe zum Erscheinen auf dem Rathhause oder zur Unterzeichnung einer Urkunde zu vermögen.

Als nun der Ehemann gewisse Liegenschaften an Johann Isele verkaufte, wozu er nach Maßgabe des die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft festsetzenden Ehevertrags durchaus berechtigt erschien, ohne der Mitwirkung seiner Ehefrau zu bedürfen, wurde die Beifügung der Unterschrift der Ehefrau im gefertigten Grundbuchsauszuge verlangt und es stellte sich sodann heraus, daß der Ehemann, welchem der Auszug zu diesem Zwecke übergeben worden war, die Unterschrift seiner Ehefrau fälschlich beigesetzt oder die durch einen Anderen fälschlich beigesetzte Unterschrift wissentlich gebraucht hatte.

Daß derselbe hiebei irgend einen Vermögensvortheil bezweckte, war nach den angedeuteten Verhältnissen des Falles nicht anzunehmen, und ebensowenig ergab sich irgend eine durch die That der Ehefrau oder dem Verkäufer erwachsende Vermögensbeschädigung, obschon der Letztere bei Gericht sich dahin erklärte, daß er ohne die Unterschrift der Ehefrau (in Beziehung auf die Freiheit der Grundstücke von Pfandlasten) allerdings wohl sich auf den Kauf nicht eingelassen haben würde.

Bei solcher Sachlage entband die Raths- und Anklagekammer durch Beschluß vom 24. November 1868 mit Bezug auf Str.P.O. 206 Ziff. 1 und 4 (weil die That durch kein Strafgesetz verboten und hinreichender Verdacht für Annahme der gewinnsüchtigen Absicht ohnedies nicht vorhanden sei) den Bezüchtigten von der Anschuldigung der Fälschung öffentlicher Urkunden und sprach ihn von Kosten frei.

Der hiegegen nach Str.P.O. §. 212 Beschwerde führende Staatsanwalt beantragte wiederholt die Verweisung des Angeschuldigten vor das Schwurgericht, beziehungsweise die Strafkammer, wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht nach §. 423 — oder doch zu andern unerlaubten Zwecken nach §. 429 des Str.G.B., vorsorglich mindestens die Verurtheilung des Angeschuldigten in die Kosten nach der besondern Bestimmung des §. 430 der Str.P.O. [3])

---

[1]) Buchelt, Strafgesetzbuch Anmerkung 1 zu §. 429.

[2]) Es zeigte sich hiebei eine große Uebereinstimmung der Meinungen.

[3]) Die Ausführung des Beschwerdeführers war, was den §. 423 des Str.G.B. betrifft, hauptsächlich auf Widerlegung der etwas weit gehenden Auffassung der Folgen der bedungenen allgemeinen Gütergemeinschaft in den richterlichen Gründen (siehe die folgende Note), was den §. 429 des Str.G.B. betrifft, auf Darlegung der

Digitized by Google

Nur in letzterer Hinsicht wurde die Beschwerdeführung durch die oberhofgerichtliche Entscheidung vom 18. Januar d. J. für begründet erkannt, im Uebrigen aber verworfen.

Diese Entscheidung stützt sich auf folgende

Gründe:

Was die beantragte Verweisung gemäß Str.G.B. §. 423 betrifft, so kommt in Betracht, daß im Hinblick auf die bereits von der großh. Raths- und Anklagekammer angeführten Gründe bei dem günstigen Leumund und den guten Vermögensverhältnissen des Angeschuldigten, wozu die besondere Gemüthsbeschaffenheit seiner später wegen Geistesstörung entmündigten Ehefrau kommt, deren Unterschrift wegen dieses Zustandes nicht wohl zu erwirken, überdies aber wegen der ehevertragsmäßig zwischen beiden Ehegatten im weitesten Maaße bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft (L.R.S. 1526. 1528. 1421 ff.) hier von keiner erheblichen Bedeutung war, in der That für die Annahme einer gewinnsüchtigen Absicht des Angeschuldigten bei der fälschlichen Beisetzung der Unterschrift seiner Ehefrau auf die fraglichen Grundbuchsauszüge jeder genügende Anhalt fehlt.

Eine wirkliche das Vermögen, sei es der Ehefrau G....., sei es des Liegenschaftskäufers Johann Isele, der allerdings hiebei zunächst betheiligt erscheint, beschädigende Handlung war auch nach den Umständen des Falles hier gar nicht vorhanden.

Wenngleich daher auch die Gründe der großh. Raths- und Anklagekammer darin zu weit gehen, daß sie wegen des Gedings allgemeiner Gütergemeinschaft jede Wirksamkeit des gesetzlichen Unterpfandrechtes der Ehefrau schlechthin als ausgeschlossen betrachten,*) während doch ausnahmsweise (z. B. bei Schenkungen an die Ehefrau während der Ehe mit der Bestimmung, daß sie nicht in die eheliche Gütergemeinschaft fallen sollen) immerhin das Unterpfandsrecht noch von Wirksamkeit und Bedeutung sein kann (vergl. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts §. 525. 264, Rodière et Pont, contrat de mariage, tom. II. No. 133. 137. 138), so ist doch dieser Punkt hier von keinem Belang, weil einer der möglichen Ausnahmsfälle überall nicht behauptet und in Frage ist.

Eine Verweisung wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht erscheint hienach, wenn auch die anderen Merkmale dieses Verbrechens nicht fehlen würden, nicht als gerechtfertigt.

Eine Verweisung wegen der in Str.G.B. §. 429 vorgesehenen Fälschung von Urkunden zeigt sich aber gleichfalls als nicht begründet, da das in dieser Gesetzesbestimmung vorgesehene Vergehen nach den Umständen des Falles nicht als vorhanden angesehen werden kann.

Es ist nämlich im genannten §. 429 zwar von falschen öffentlichen Zeugnissen, Wanderbüchern, Pässen, Reiserouten, Gesindebüchern und von anderen öffentlichen Urkunden ohne eine ausdrücklich beigefügte nähere Kennzeichnung oder Beschränkung bezüglich der Letzteren die Rede, doch ergibt sich aus der Beschaffenheit sämmtlicher, allerdings nur beispielweise aufgeführten, öffentlichen Urkunden, welche alle einen gleichartigen Charakter und zwar einen solchen, der den hier vorgesehenen anderen unerlaubten Zwecken im Gegensatz von §. 423. 425 entspricht, an sich tragen, daß hier zunächst und vorzugsweise Urkunden von dem in den Beispielen angedeuteten Charakter vorausgesetzt werden, und es ist im Commissionsbericht der II. Kammer (von Aschbach) zum fraglichen Paragraphen besonders hervorgehoben, wie es sich hier um öffentliche Urkunden handelt, die auf polizeiliche Zwecke, auf die Handhabung der öffentlichen Ordnung berechnet sind, wobei eigentliche Rechtsverletzungen nicht vorkommen. Dies ist bei Anwendung des §. 429 mindestens als Regel festzuhalten, wenn auch un-

---

im oberhofgerichtlichen Erkenntniß als unrichtig erkannten Auslegung gerichtet.

*) In den Gründen der Raths- und Anklagekammer wurde näher ausgeführt: Nach dem Ehevertrag, §. 3, bestehe unter den Eheleuten L. G. die umfassendste allgemeine Gütergemeinschaft, das gesammte Vermögen der Eheleute mit den insgesammt entliegenschafteten unbeweglichen Gütern, namentlich auch das an Johann Isele verkaufte, nur als Fahrniß anzusehende, an sich liegenschaftliche Gut falle demnach in die Gütergemeinschaft, es könne daher schon deßhalb von einem Unterpfandsrecht der Ehefrau gar nicht die Rede sein. (L.R.S. 2114. 2122.) Bei diesen Güterverhältnissen sei kein eigenes Vermögen der Eheleute vorhanden, nur gemeinschaftliches; mache sich die Ehefrau s. Z. der Gemeinschaft theilhaftig, so habe sie nur auf die Hälfte des Gemeinschaftsguts Anspruch, andernfalls ziehe sie gar nichts zurück. Ein wirksames, durch des Ehemanns Handlung zu beeinträchtigendes Unterpfandsrecht derselben bestehe bei der unstreitigen Berechtigung des Ehemanns zur Veräußerung (L.R.S. 1421 ff.) gar nicht, weßhalb auch das wesentliche Merkmal einer die Ehefrau am Vermögen beschädigenden Handlung gemäß Str.G.B. §. 423. 450 fehle.

Digitized by Google

ter ganz besonderen Verhältnissen ausnahmsweise [5]) etwa der Fall vorkommen kann, daß auch eine in das Gebiet des bürgerlichen Rechts gehörige öffentliche Urkunde zu einem unerlaubten Zwecke der vorausgesetzten Art benutzt wird.

Vergl. auch die Anmerkung der Gesetzgebungscommission zu Str.G.B. §. 429 (§. 389 des Entwurfes).

Eine abweichende Ansicht über die Auslegung des §. 429 (Puchelts Str.G.B. Anmerkung 1 zu diesem Paragraphen) ist als eine blos an dem buchstäblichen Wortlaut des Gesetzes haftende Auffassung nach Obigem zu verwerfen. [6])

Wenn hienach eine Verweisung nach Str.G.B. §. 429 ebenfalls nicht Statt finden kann, so erscheint dagegen der eventuelle Antrag der großh. Staatsanwaltschaft auf Verurtheilung des Angeschuldigten in die Kosten gemäß der besondern Bestimmung des §. 430 der Str.P.O. vollkommen gerechtfertigt.

Der Angeschuldigte, dem es keinesfalls ganz entgehen konnte, daß er durch die fragliche Fälschung, beziehungsweise den Gebrauch der gefälschten Urkunde, etwas mindestens formell Ordnungswidriges, Unerlaubtes sich zu Schulden kommen ließ, hat die gegen ihn erhobenen Verdachtsgründe, wodurch das Strafverfahren veranlaßt wurde, und zwar unter solchen Verhältnissen, daß dieselben nach den Gesetzen hiezu hinreichend erschienen, durch seine eigene, ihm zur Schuld anzurechnende Handlungsweise hervorgerufen, daher die Schlußbestimmung des §. 430 der Str.P.O. auf ihn Anwendung findet. [7])

E. Brauer.

23.

Die Klage auf Auflösung einer Vermögensübergabe wegen Nichterfüllung der Auflagen ist nach Landrechtsatz 1100 b.b. 953 — statthaft.

— Auch eine theilweise Nichterfüllung kann zur Auflösung desselben nach der Natur dieses Rechtsgeschäfts, L.R.S. 1100 a.c., genügenden Grund bieten.

In Sachen
des Johann Georg Bruder in Oettingen, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Wilhelm Gebhardt und dessen Ehefrau Euphrosine geborene Bruder von Haltingen, Beklagte, Appellanten, Oberappellaten,
Auflösung einer Vermögensübergabe betreffend.

Kläger hatte durch Vermögensübergabe im Jahre 1859 den in einer früheren Vermögensübergabe vom Jahre 1841 vorbehaltenen Rest seines liegenschaftlichen Vermögens seinen zwei Töchtern, worunter die beklagte Ehefrau, unter Vorbehalt der Nutznießung einer Anzahl dieser Grundstücke und mit der Auflage an die Vermögensübernehmer, ihm letztere zu bauen und die Erträgnisse aufzuliefern, zugewendet. Derselbe hat aber in der angestellten Klage behauptet, daß die Beklagte und ihr Ehemann diesen Auflagen nicht nachgekommen seien; und daher die Aufhebung jenes Rechtsgeschäftes und Wiederausfolgung der darin an die beklagten Eheleute überlassenen Liegenschaften verlangt.

Durch Urtheil des großh. Kreisgerichtes Lörrach, Civilkammer, vom 20. Februar 1868, No. 602, wurde die Vermögensübergabe vom 20. Mai 1859, beziehsw. 29. April 1861, zwischen dem Kläger und den Beklagten wegen Nichterfüllung von Seiten der Letztern für aufgelöst, und demgemäß die Beklagte für schuldig er-

---

[5]) Dieser Vorbehalt wurde auch in unserer Ausführung in Band 32 S. 252 beigefügt. Es wird hiedurch möglichen besonderen Ausnahmsfällen alle gebührende Rechnung getragen, was nicht übersehen werden darf.

[6]) Ohne genügenden Grund, wie uns scheint, ruft Puchelt dort die Erläuterung von Kettenacker in Annalen Band 18 S. 318 für seine Ansicht an, denn Letzterer scheint eher die entgegengesetzte Meinung gehabt zu haben, da er namentlich in zutreffender Weise auf die bezügliche Bestimmung des älteren Rechts, Strafedict §. 48 lit. e, hinweist, welche besagt: Urkundenverfälschungen, welche ohne bezweckende Rechtsbeugung oder ohne die Intention, daraus einen unmittelbaren Geldvortheil zu ziehen, unternommen werden, und nur die Absicht haben, sich solche Staatsvortheile zu verschaffen, wozu man die vorgeschriebenen Bedingungen nicht erfüllt hat, z. E. falsche Kundschaften, Geburtsbriefe, Pässe u. s. w.

Die Schlußbemerkung Kettenackers: Geschah die Fälschung solcher Urkunden wirklich zum Zweck des Betruges aus Gewinnsucht u. s. w. in Vergleichung mit den vorher angegebenen Beispielen spricht ebenfalls für diese Auffassung.

[7]) Vergl. Annalen Band 28 S. 197, Band 30 S. 91 auch Band 31 S. 13.

Digitized by Google

klärt, die ihr übergebenen Grundstücke dem Kläger binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung zurückzugeben. ꝛc.

Das abändernde Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichtes Freiburg, Appellationssenat, vom 19. Mai 1868, No. 1609, des Inhalts:

„Kläger sei mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen abzuweisen,"

wurde auf die von dem Kläger ergriffene Oberappellation am 12. Januar 1869 von großh. Oberhofgerichte aufgehoben und das Urtheil des großh. Kreisgerichtes Lörrach, Civilkammer, vom 20. Februar 1868, No. 602, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges, wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe:

Daß eine Klage auf Auflösung wegen nicht erfüllter Auflagen auch bei Vermögensübergaben statthaft ist, kann im Hinblick auf L.R.S. 1100 a.c. und 1100 b.b., sowie L.R.S. 953 keinem Zweifel unterliegen, und ist auch von den Parteien nicht weiter bestritten.

Der Streit der Parteien und die Meinungsverschiedenheit zwischen den Gerichten der zwei vorderen Instanzen betrifft vielmehr die Frage, ob die den beklagten Eheleuten zum Vorwurf gemachten Unterlassungen, soweit sie bewiesen wurden, genügend seien, um darin eine Nichterfüllung der gemachten Auflagen im Sinne des Gesetzes anzunehmen und daraufhin die Aufhebung jenes Rechtsgeschäftes auszusprechen.

Nach dem Ergebniß der Beweiserhebungen haben die beklagten Eheleute sich allerdings hinsichtlich einiger der ihnen zur Besorgung angewiesenen neuen Liegenschaften Nachlässigkeiten im Bau zu Schulden kommen lassen ꝛc.

Es liegt hierin allerdings nur eine theilweise Nichterfüllung der den beklagten Eheleuten gemachten Auflagen; allein nach den Grundsätzen des L.R.S. 1184, welche hier maaßgebend sind,

oberhofg. Jahrb. n. F. IX. S. 229 ff.,

kann auch eine solche Nichterfüllung eine Aufhebung des Rechtsgeschäftes begründen,

m. vergl. Brauer, Erläuterungen Bd. VI. Stück 58. S. 151 ff.

Die Außerachtlassung ihrer Obliegenheiten von Seiten der Beklagten erstreckt sich auf die größere Zahl der ihrer Besorgung übertragenen Liegenschaften, in größerem oder kleinerem Umfang, und hatte jedenfalls eine nicht unerhebliche Schmälerung der Bezüge des Klägers zur Folge, sie war auch nicht blos eine einmalige Nachlässigkeit, sondern hatte sich in mehrfachen Beziehungen durch eine Reihe von Jahren — von 1859 bis jetzt — fortgesetzt. Die in L.R.S. 1184 letzter Absatz für gewisse Umstände vorgesehene Vergünstigung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung kann hier nicht zur Anwendung kommen, da die fraglichen Arbeiten und Leistungen jeweils in dem betreffenden Jahre und zu bestimmten Jahreszeiten zu geschehen hatten und jetzt nicht mehr mit Erfolg nachgeholt werden können.

Wenn man aber auch annehmen wollte, daß jetzt noch eine Ausgleichung und Nachholung des Versäumten nach Analogie des L.R.S. 618 möglich wäre,

m. vergl. Brauer, Erläuterung Bd. VI. a. a. O.,

so haben eben die Beklagten keinerlei Anerbietungen in solcher Richtung gemacht, und selbst den nicht soweit gehenden Vergleichsvorschlag des Klägers vom 12. Oktober 1867 nicht angenommen. Dabei ist nicht zu übersehen, daß das Erträgniß der fraglichen Liegenschaften, welches mit von den Arbeiten und Leistungen der beklagten Eheleute abhängig war, zum Lebensunterhalte des Klägers dienen soll, welcher sich seines Vermögens zu Gunsten der beklagten Ehefrau und seiner andern Tochter durch die Vermögensübergaben von 1841 und 1859 begeben hat.

Auf die pünktliche Entrichtung dieses Lebensunterhaltes war aber schon in den bemerkten Vermögensübergaben im Hinblick auf L.R.S. 1100 a.c, bestimmtes Gewicht gelegt, und selbst wenn in der Schenkungsurkunde deßfalls keine Auflage gemacht worden wäre, würde die Leistung desselben an den Schenkgeber im Falle seiner Bedürftigkeit nach L.R.S. 955 Ziff. 3 als eine so unabweisliche Obliegenheit des Schenknehmers erscheinen, daß deren Verweigerung oder Nichterfüllung als eine Art von Undank die Entziehung der Schenkung zur Folge haben könnte.

Man muß es daher mit den bezüglich des Lebensunterhalts des Berechtigten übernommenen und, wie hier, in dem Schenkungsakte ausdrücklich bedungenen Verpflichtungen, insbesondere wenn den Belasteten ohnedin nach ihren persönlichen Verhältnissen gemäß L.R.S.S. 205 ff. die Unterhaltspflicht obliegt, um so strenger nehmen ꝛc.

Die Beklagten können auch mit Grund nicht vorschützen, daß es unbillig sei, wenn die Aufhebung des

Digitized by Google

Schenkungsaktes nun plötzlich ohne alle vorgängige Warnung über sie hereinbrechen würde. Einmal nämlich ist zu der Klage aus L.R.S. 953 beziehungsweise L.R.S. 1184 eine vorgängige Verzugsetzung nicht nothwendig, oberhofg. Jahrb. n. F. IX. S. 229. ff.,

sodann war für die in Frage stehenden Leistungen und Arbeiten schon durch den Gang der Natur jeweils ihre Zeit bezeichnet, deren regelmäßige Einhaltung schon aus dem Grunde, weil es sich um einen Lebensunterhalt handelte, genau beobachtet werden mußte ꝛc.

Man kann dem Kläger nicht zumuthen, daß er die beklagten Eheleute bezüglich jener Leistungen, zu welchen dieselben so dringende Verpflichtungsgründe hatten, immer und immer wieder betreibe und exekutivisch hiezu anhalte, vielmehr muß die durch die Schuld der Schenknehmer herbeigeführte mehrfache und fortgesetzte Beeinträchtigung des Klägers in den seinen Lebensunterhalt bildenden Bezügen für ihn das Recht begründen, die in jener Schenkung begriffenen Liegenschaften wieder an sich zu nehmen, und fortan selbst für die Gewinnung des Lebensunterhaltes aus denselben Sorge zu tragen ꝛc.

Red.

26.

1) Kommt bei einer Unterschlagung die Eigenschaft eines Beschädigten, welcher den Antrag auf strafgerichtliche Verfolgung stellen kann §. 405 des Str.G.B., auch dem Bürgen des Eigenthümers der Gelder, die unterschlagen wurden, zu, und ist dies besonders dann der Fall, wenn diese Gelder dem Urheber der Unterschlagung zu dem Zweck übergeben waren, daß daraus jene Schuld, für welche die Bürgschaft übernommen war, bezahlt werden sollte?

   Ist der von einem solchen Bürgen gestellte Antrag auf strafgerichtliche Verfolgung auch dann zu berücksichtigen, wenn der zunächst beschädigte Eigenthümer jener Gelder von seiner Seite nicht nur keinen solchen Antrag gestellt, sondern im Gegentheil in positiver Weise kundgegeben hat, daß er eine strafgerichtliche Verfolgnng nicht wolle? (§. 63 der Str.P.O.)

2) Wenn die Gelder ursprünglich dem Empfänger nicht als eine fremde Sache anvertraut, sondern in der Eigenschaft einer auf eine Forderung desselben gemachten Abschlagszahlung übergeben, also demselben zu eigen geworden waren, in welcher Weise kann nachträglich die Eigenschaft der Gelder und der Besitztitel des Empfängers geändert werden?

3) Untaugliches Objekt für das Vergehen der Urkundenunterdrückung §. 459 und 111 des Str.G.B.

In U.S.
gegen
J. L. Leuthner von Ueberlingen,
wegen Unterschlagung und Urkundenunterdrückung.

Das Urtheil der Strafkammer (Konstanz) vom 4. November 1868 ging davon aus, daß Bürgermeister Maier von Rickenbach Namens des F. Weschenmooser von da aus Liegenschaftserlösen des Letzteren dem bemerkten Commissionär Leuthner in zwei Malen die Summe von 591 fl. 55 kr. übergeben habe und Leuthner dieses Geld gemäß einer stattgehabten Verabredung an die Sparkasse Ueberlingen als Zahlung beziehungsweise Abschlagszahlung an einer Schuld von 800 fl., welche F. Weschenmoser dorthin aus Darleihen schuldig geworden war, hätte abliefern sollen, und da er davon nur den Betrag von 170 fl. abgeliefert habe, er sich hinsichtlich des Restbetrages von 421 fl. 55 kr. des Vergehens der Unterschlagung schuldig gemacht habe.

Die Anzeige oder der Antrag, wie er nach §. 405 der Str.P.O. von Seite des Beschädigten zur strafgerichtlichen Verfolgnng dieses Vergehens erforderlich ist, war aber nicht von F. Weschenmoser, von Seite dessen das Geld an Leuthner übergeben worden war, welches dieser unterschlagen haben soll, gemacht worden; vielmehr hatte dieser im Laufe der Untersuchung so unzweideutig seinen Willen, daß Leuthner nicht in Untersuchung und Strafe kommen solle, knnd gegeben, daß er selbst mit in die Untersuchung gezogen und wegen Begünstigung jenes — zunächst gegen ihn selbst geschehenen — Vergehens zu 6 Wochen Amtsgefängnißstrafe verurtheist worden ist. Der Antrag anf jene strafgerichtliche Verfolgung gegen Leuthner war viel-

Digitized by Google

mehr nur von Joseph Dettling und Joseph Geng gestellt worden, welche sich für die obenbemerkte Darleihschuld des F. Weschenmoser an die Sparkasse Ueberlingen ad 800 fl. verbürgt hatten, also jedenfalls nur zu den mittelbar Beschädigten gehören konnten. Es kam daher in Frage, ob auch diesen Letzteren das Recht zur Stellung jenes Antrages zustehe, und ob ein solcher Antrag selbst gegen den in entgegengesetzter Richtung erklärten Willen des zunächst Beschädigten maßgebend sei.

Die Strafkammer hatte diese Frage bejaht, indem darüber in den Entscheidungsgründen gesagt wird:

> „Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen einem durch das Verbrechen unmittelbar oder nur mittelbar Beschädigten. Als die wirklich Beschädigten erscheinen die Bürgen Dettling und Geng, welche in Folge der Unterschlagung durch den Angeklagten die Schuld an die Sparkasse Ueberlingen bezahlen mußten und bei der Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners keinerlei Aussicht auf Schadloshaltung haben. Da diese Beschädigten die Einleitung der Untersuchung gegen Leuthner begehrten, so liegen auch die Voraussetzungen des §. 405 des Str.G. vor."

Der Angeklagte hatte in seiner Nichtigkeitsbeschwerde diese Berechtigung der Bürgen angefochten und den Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Anzeige §. 373 Ziff. 2 geltend gemacht. Das großh. Oberhofgericht trat aber in dem Urtheil vom 18. Januar 1869 der Ansicht der Strafkammer im Wesentlichen aus den von dieser ausgeführten Gründen bei, indem nur noch darauf hingewiesen wurde, daß die vorwürfige Unterschlagung gerade jenes Schuldverhältniß betroffen habe, in Bezug auf welches die als Anzeiger aufgetretenen Bürgen ihre Bürgschaftsverbindlichkeiten übernommen hatten.

Bei der Berathung war jedoch von einer Seite auch eine abweichende Ansicht im Anschluß an die Ausführungen in Annalen XXV. S. 62—63 im Wesentlichen mit nachstehenden Gründen geltend gemacht worden:

Wenn das Strafgesetz bei dem Vergehen der Unterschlagung in §. 405, gleichwie bei dem Betrug in Vertragsverhältnissen §. 456 von der Anzeige des Beschädigten spricht, welche zur Einleitung der strafgerichtlichen Verfolgung erforderlich sein solle: so kann nach dem natürlichen Zusammenhang nur jene Person gemeint sein, welche durch das fragliche Vergehen betroffen wurde; und es ist unwesentlich, daß aus dem Grunde, weil durch die bemerkten Vergehen jeweils ein vermögensrechtlicher Schaden zugefügt wird, die von dem Vergehen betroffene Person als Beschädigter bezeichnet wird.

Es ist ganz dasselbe Verhältniß wie bei Familien- und Hausdiebstahl §. 389. 391, wo von dem Bestohlenen die Rede ist, dessen Anzeige erforderlich sein soll; oder wenn bei gewissen Arten der Körperverletzung §. 238 von der Anzeige des Verletzten, oder im Fall des §. 349 von der Anzeige des Beleidigten gesprochen wird: es ist eben überall die Anzeige derjenigen Person gemeint, gegen welche, oder gegenüber welcher das Vergehen verübt wurde. Es stimmt hiemit überein, daß die Strafprozeßordnung alle solche Personen, deren Anzeige zu strafgerichtlicher Verfolgung eines gewissen Vergehens erforderlich sein soll, unter dem allgemeinen Ausdruck der durch das Verbrechen **Verletzten** zusammenfaßt. §. 2. 56. 58. 61—63. 206 u. s. w. der Str.P.O. Denselben Ausdruck gebrauchen auch die Regierungs-Motive zu §. 170 (jetzt §. 190) des Str.G.B.

Vergl. Thilo, Erläuterungen zu §. 190 des Str.-G.B. Anmerkung 2;

und ebenso das preußische Strafgesetz bei dem Familiendiebstahl §. 229 „auf Antrag des Verletzten," worunter nach der Natur der Sache und wie auch

Oppenhoff, preußisches Str.G. zu §. 50 Anm. 6

ausspricht, der **durch die That** Verletzte oder wie derselbe Schriftsteller

a. a. O. zu §. 228 Anm. 3 und zu §. 229 Anm. 3 und 17

sich ausdrückt, diejenige Person zu verstehen ist, gegen welche die That verübt oder gerichtet wurde. Es ist also immer nur eine Person gemeint, auf welche das Vergehen sich unmittelbar bezieht, und keineswegs auch solche zufällig vorhandene weitere Personen, welchen nur mittelbar durch gewisse in den allgemeinen Vermögensverhältnissen des eigentlichen Verletzten beruhende Rückwirkungen ein vermögensrechtlicher Nachtheil in Folge des Vergehens zugeht. Ebenso

Annalen XXV. S. 62—63 und

Puchelt, Str.G. §. 405 Anm. 5.

Auch die Rücksichten, aus welchen der Gesetzgeber in solchen Fällen die strafgerichtliche Verfolgung nicht ohne Antrag eintreten lassen will, beziehen sich nur auf

Digitized by Google

das Verhältniß zwischen dem Thäter und der durch die That unmittelbar betroffenen Person,

man vergleiche Köstlin, System des deutschen Strafrechts S. 516,

dies ist namentlich auch bei dem Erforderniß eines solchen Antrages bei dem Betrug in Vertragsverhältnissen, sowie bei der Unterschlagung der Fall, wo der in dem Kommissionsbericht der II. Kammer ausgesprochene Grundsatz anschlägt, daß die Staatsgewalt sich nicht ohne Noth in Vertragsverhältnisse einmischen soll,

man vergleiche Thilo, Erläuterungen zum Str.G. §. 457;

oder wie

Köstlin, a. a. O. S. 516

es ausdrückt, wo der Gesetzgeber Rücksicht darauf nimmt, daß in solchen Fällen manchmal die Grenze zwischen bürgerlichem und strafbarem Unrecht schwer zu ziehen ist. Es kann also jene Rücksicht des Gesetzgebers nur jenen Personen gelten, welche unmittelbar mit dem Thäter in jenem Vertragsverhältniß standen, welchem nun durch das Vergehen zuwidergehandelt worden sein soll; und dies ist nun hier nur in Beziehung des Weschenmoser zu Leuthner der Fall.

Auch muß, wenn das Gesetz diejenigen Personen meint, welche durch die That verletzt, beziehungsweise beschädigt worden sind, die Verletzung oder der Schaden sofort mit der That und zur Zeit der That vorhanden sein. Im vorwürfigen Falle war aber nun für die Bürgen des F. Weschenmoser zur Zeit der angeblichen Unterschlagung des Leuthner im April 1864 noch kein Schade oder Verlust vorhanden, indem damals — nach Lage der Akten — der Hauptschuldner Weschenmoser noch die Mittel zur Zahlung der Schuld von 800 fl. an die Sparkasse hatte, und erst in der Folge gänzlich vermögenslos geworden zu sein scheint, und erst durch diesen nachgefolgten Umstand erhielt dann der von dem Hauptschuldner Weschenmoser früher durch die Unterschlagung erlittene Verlust auch seine Rückwirkung auf die Bürgen.

Nehmen wir den Fall, daß Weschenmoser ungeachtet jener Unterschlagung von Seiten des Leuthner fortan zahlungsfähig geblieben wäre, aber wegen seiner Saumseligkeit im Zahlen die Bürgen für ihn die Schuld an die Sparkasse hätten zahlen müssen: so würden die Bürgen sich gewiß sehr gegen die Annahme verwahrt haben, daß die von Leuthner verübte Unterschlagung sie treffe, und sie für den deßfallsigen Betrag sich nur an den vielleicht zahlungsunfähigen Urheber der Unterschlagung zu halten hätten. Sie würden vielmehr entgegengehalten haben, daß jene Unterschlagung den Weschenmoser als Eigenthümer des unterschlagenen Geldes getroffen habe, und er seinen Rückgriff gegen diesen zu nehmen, sie aber für ihre aus der Bürgschaft geleistete Zahlung schadlos zu halten habe.

Gehören nun hiernach die Bürgen nicht für sich zu den durch die That Verletzten, beziehungsweise Beschädigten, welche das Gesetz bei der Verleihung der Berechtigung zum Strafantrage im Auge hat: so kann anderseits auch eine Ausübung des dem eigentlichen Verletzten zustehenden Rechtes von Seiten der Bürgen als Gläubiger desselben nach einer Analogie des L.R.S. 1166 hier im Strafverfahren nicht Platz greifen. Es handelt sich bei dem Recht zur Anzeige oder zum Strafantrag keineswegs blos um Geltendmachung vermögensrechtlicher Entschädigungsansprüche, wie sie im Titel XXII. §. 329 ff. der Str.P.O. behandelt sind, sondern hauptsächlich um den Strafpunkt. §§. 2 Abs. 2. 58. 63. 206. Ziff. 2. 373 Ziff 2 u. s. w. der Str.P.O. Die Vorschrift, wonach bei den bemerkten Vergehen die Zustimmung des Verletzten zur strafgerichtlichen Verfolgung erfordert wird, ist aus Gründen des öffentlichen Rechtes gegeben, und bleiben deßhalb diese Vergehen sowie die Strafen öffentlicher Natur, und jene Befugniß des Verletzten zu dem Antrag, von welchem die Untersuchung abhängig gemacht ist, gilt keineswegs als frei disponibles Vermögensrecht, wie

Köstlin, System a. a. O. S. 516 Ziff. 1,

ausführt. Es ist dies auch durch §. 394 unseres Strafgesetzbuchs bestätigt, wornach die Zurücknahme des einmal gemachten Antrages nur ausnahmsweise zugelassen wird, sowie auch das großh. Oberhofgericht kürzlich wieder die öffentliche Natur dieser Anzeigebefugniß in dem Urtheil vom 16. Januar 1869 gegen Schäfer von Buchen wegen Hausdiebstahls mit aller Entschiedenheit hervorgehoben hat. Es kann daher von einem Eintreten der Bürgen oder anderer Gläubiger des Verletzten in dieses Recht des Letzteren, wie bei dessen gewöhnlichen Vermögensrechten, auf Grund des L.R.S. 1166 nicht die Rede sein, und es ändert hieran auch der Umstand nichts, daß die Gelder, die unterschlagen worden sein sollen, gerade zur Abtragung jener Schuld

Digitized by Google

bestimmt waren, für welche die Bürgen ihre Bürgschaft übernommen hatten; denn wie oben gezeigt, waren deßhalb die Bürgen doch nicht die durch jene Unterschlagung unmittelbar betroffene Person, und haben sie nur einen vermögensrechtlichen Anspruch an das Vermögen des Verletzten im Allgemeinen.

Das Recht zur Anbringung der Anzeige oder des Antrages auf strafgerichtliche Verfolgung bei jenen Vergehen wird auch allgemein als ein persönliches Recht des Verletzten bezeichnet, welches nicht einmal auf die Erben übergehe.

Köstlin, System S. 524 Ziff. 11,
Oppenhoff, preußisches Strafgesetz §. 50 Anmerkung 6.

Es bedarf sodann kaum der Erwähnung, daß wenn in §. 405 des Str.G.B. von der Anzeige des Beschädigten oder desjenigen, der seine Stelle vertritt — die Rede ist, das letztere sich nur auf solche Personen bezieht, die an und für sich die Person des Verletzten zu vertreten haben, wie Eltern oder Vormünder Minderjähriger und dergleichen und daher diese Eigenschaft nicht den hier aufgetretenen Bürgen zukommt.

Köstlin, a. a. O. S. 523.
Preußisches Strafgesetz §. 54 und 162 und
Oppenhoff, hiezu zu §. 54 Anm. 2. 5 und 7 und zu §. 162 Anm. 1. 3 und 4.
Ammann, Str.P.O. §. 58 Anm. 3.

Was zuletzt den bereits im Eingang erwähnten positiven Conflikt betrifft, der hier zwischen dem kundgegebenen Willen des durch das Vergehen zunächst betroffenen F. Weschenmoser, und dem gestellten Antrag seiner Bürgen bestund, so würde Weschenmoier nach dem bisher Ausgeführten zunächst die Person gewesen sein, welcher die Stellung des Antrags auf strafgerichtliche Verfolgung zukam, und gemäß §. 63 der Str.P.O. hätte er daher auch die Befugniß gehabt, die Einstellung des ohne seinen Antrag eingeleiteten Verfahrens zu verlangen. Aus welchem Grunde Weschenmoser die strafgerichtliche Verfolgung des Leuthner nicht gewollt habe, untersucht das Gesetz nicht, und sein Wille bleibt maaßgebend, wenn auch ein gewisses gemeinsames Interesse für ihn und für Leuthner obgewaltet haben sollte, besonders da den Bürgen frei stehen mußte, aus dem Rechte des Weschenmoser nach L.R.S. 1166 den Leuthner auf dem civilrechtlichen Wege auf Erstattung des unterschlagenen Geldes zu belangen, worin auch allein das eigentliche Interesse der Bürgen bei dieser Sache bestund. Wollte man aber annehmen, es habe schon gleich ursprünglich bei der Empfangnahme jener Gelder und bei der Zurückbehaltung derselben durch Leuthner eine Collusion zwischen diesem und Weschenmoser stattgefunden, etwa zum Zwecke die Gläubiger des Weschenmoser zu verkürzen; so wäre eben jene That des Leuthner als mit Willen des Eigenthümers des Geldes geschehen, keine Unterschlagung gewesen.

Was die Sache selbst betrifft, so waren die Gelder, um die es sich handelt, von Seiten des Weschenmoser durch Vermittlung des Bürgermeister Maier an den Angeklagten Leuthner eigentlich als Zahlung an eigenen Forderungen des Letzteren, die auf Weschenmoser im Pfandbuch eingetragen waren, behändigt worden, und also in das Eigenthum des Letzteren übergegangen.

In Folge der bei der letzten Zahlung geschehenen Erläuterungen über den Sachverhalt einer dieser Forderungen wurde aber der Angeklagte Leuthner von Bürgermeister Maier angewiesen, den Betrag dieser Zahlung sowie einer zwei Wochen vorher geschehenen Zahlung nun an die Sparkasse Ueberlingen an der deßfallsigen Schuld des Weschenmoser abzutragen, was Leuthner auch zugesichert habe. Die Strafkammer und auch großh. Oberhofgericht nahm an, daß dadurch die Gelder, die Leuthner ursprünglich als ihm selbst zu eigen gehörend in Besitz erhalten hatte, von da an nur noch als fremde, ihm blos anvertraute Sachen in seinem Besitz gewesen seien, und also nach §. 400 des Str.G.B. eine Unterschlagung daran von ihm habe verübt werden können. Eine abweichende Ansicht ging dahin, daß mehr nicht festgestellt sei, als daß Leuthner zugesagt habe, jene Zahlungen an die Sparkasse aus den bereits in seinem Besitz und Eigenthum befindlichen Geldern zu bewirken, und, daß die rechtliche Schlußfolgerung, als sei dadurch für den Angeklagten Leuthner auch der Titel des Besitzes, kraft dessen er die Geldbeträge in Handen hatte, hinterher geändert worden, nicht haltbar sei; daß also dem Leuthner wohl die Nichterfüllung einer civilrechtlichen Zusage, aber nicht eine strafrechtlich zu verfolgende Unterschlagung zur Last liegen könnte.

3) Leuthner war auch noch wegen des Vergehens der Unterdrückung einer Urkunde nach §. 459 des Str.G.B. von der Strafkammer verurtheilt. Er wurde aber auf die deßfallsige Nichtigkeitsbeschwerde von großh. Oberhofgerichte dieses Vergehens freigesprochen.

Digitized by Google

Die Anschuldigung bezog sich auf einen sogenannten Erkundigungsbogen, welchen sich ein gewisser Th. Krall von Linz von dem Gemeinderathe über seine 35 Stücke Liegenschaften hatte ausstellen lassen, um darauf hin ein Anleihen aufnehmen zu können. Auf diese Urkunde war sich in dem Vertrage, in welchem Krall später jene Liegenschaften und seine Fahrnisse an M. Bloch verkaufte, mit bezogen worden, indem sie statt der spezificirten Aufführung der Liegenschaften diente. Dieser Erkundigungsbogen, von welchem übrigens M. Bloch eine Abschrift erlangt hatte, war in der Folge von Krall und dessen Gewalthaber Leuthner zurückgehalten worden. Es war jedoch über Anzahl, Maaßgehalt ꝛc. der fraglichen verkauften Liegenschaften, die ohnehin auch schon in dem bewirkten Eintrag zum Grundbuch spezificirt angegeben worden waren, in der Folge und namentlich auch in dem zwischen Krall und Bloch ausgebrochenen Rechtsstreite nie ein Zweifel entstanden. Was aber den Schätzungspreis gewisser Liegenschaften betraf, um welchen es sich bei jenem Prozesse allein handelte, so hatten alle drei Instanzen den fraglichen Erkundigungsbogen in dieser Beziehung als durchaus unerheblich, und ein ganz anderes in dem Kaufvertrag erwähntes Verzeichniß nebst Schätzung — als maaßgebend erklärt, so daß auch das auf die Edition des Erkundigungsbogens gerichtete — Gesuch des Bloch von den Gerichten nicht berücksichtiget wurde.

Das großh. Oberhofgericht nahm daher an, daß dies keine Urkunde sei, durch welche der Mandant des Leuthner, Th. Krall, sich hätte einen Gewinn verschaffen, oder den Bloch in seinem Vermögen hätte beschädigen können, wie doch §. 459 des Str.G.B. voraussetze; und wenn man auch annehmen wollte, daß Krall und Leuthner diese Meinung und Absicht gehabt hätten, dieses Vergehen nicht zu den in §. 111 des Str.G.B. bezeichneten Kategorieen gehöre, und daher straflos bleiben müsse.

Betzinger.

27.

Der Commissionär, welcher die Vermittlung eines Liegenschaftskaufs übernimmt, hat die Verpflichtung, ausschließlich das Interesse seines Gewaltgebers zu wahren und handelt durch Annahme einer ihm vom Verkäufer angebotenen Belohnung seiner Pflicht zuwider.

In Sachen
des Commissionärs Philipp Eckert zu Heidelberg, Klägers, Appellaten, Oberappellanten

gegen

Apotheker Bilharz in Baden, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,

Forderung betreffend.

Nach der, von Seiten des Beklagten nicht ohne ergänzende Beisätze zugegebenen Behauptung des Klägers beauftragte ihn der Beklagte im Oktober 1865, den Ankauf der Apotheke des Hofapothekers Steble in Baden für ihn zu vermitteln und versprach ihm dafür auf den Fall des Zustandekommens des Kaufes eine Belohnung von 600 fl.

Der Kläger nahm aber auch von dem Verkäufer die gleiche Summe an, welcher den Kaufpreis, den er forderte, erhielt.

Der Beklagte verweigerte deßhalb die Zahlung der von ihm zugesagten Belohnung, und wandte gerichtlich belangt, gegen die Klage ein, er habe sich von dem Kläger die Zusage geben lassen, daß er von Hofapotheker Steble nichts annehme.

Das großh. Kreisgericht Baden, Civilkammer, erkannte am 3. December 1867 auf einen von Kläger zu leistenden Haupteid:

„Es ist nicht wahr, daß ich bei Festsetzung meiner Belohnung mit 600 fl. von Seiten des Beklagten für Vermittlung des Ankaufs der Steble'schen Apotheke dem Beklagten zugesagt habe, daß ich von Seiten des Verkäufers keine Belohnung annehmen werde."

Leistet der Kläger diesen Eid, so wird der Beklagte für schuldig erklärt, dem Kläger die geforderten sechs hundert Gulden nebst 5 pCt. Zins vom 20. Juli 1867 binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Verweigert Kläger den Eid, so wird er unter Verfällung in die Kosten, mit der erhobenen Klage abgewiesen.

Allein das abändernde Urtheil des großh. Kreis- und

Digitized by Google

Hofgerichtes Offenburg, Appellationsſenat, vom 20. März 1868, No. 1362/63, des Inhaltes:

„der Kläger Commiſſionär Eckert ſei mit der erhobenen Klage abzuweiſen und habe alle Koſten des Rechtsſtreites I. und II. Inſtanz zu tragen,"

wurde auf die von dem Kläger ergriffene Oberappellation am 26. Januar 1869 von großh Oberhofgerichte unter Verfällung des Klägers in die Koſten des dritten Rechtszuges, beſtätigt.

Entſcheidungsgründe.

Die Beſchwerde des Klägers, Oberappellanten, gegen das Urtheil des großh. Appellationsſenats in Offenburg vom 20. März 1868, wodurch er mit ſeinem Lohnanſpruch ſchlechthin abgewieſen wurde, iſt nicht für begründet zu erachten.

Das Geſchäft, welches nach der Behauptung des Klägers vorliegt, iſt nach den gewöhnlichen Regeln des bürgerlichen Rechts über den Auftragsvertrag zu beurtheilen, wie das Obergericht mit vollem Recht annahm. Wenn nämlich auch der Kläger, von Beruf ein Commiſſionär, hiebei in gewiſſem Sinne die Verrichtung eines Unterhändlers übernommen hat, ſo kann doch darüber kein Zweifel beſtehen, daß derſelbe (ganz abgeſehen von der Frage, ob das Inſtitut der amtlich beſtellten Handelsmäkler im Sinne des H.G.B. Art. 66 ff. zur Zeit im Großherzogthum Baden überhaupt als vorhanden gelten kann, vergl. Buſch Archiv des Handelsrechts Bd. 13 S. 403 ff.) als ein Handelsmäkler im geſetzlichen Sinne keinesfalls angeſehen werden darf, weil es ſich hier um den Verkauf einer Liegenſchaft, nicht einer beweglichen Sache, handelt, ſomit von einem Handelsgeſchäft nach Maaßgabe des Art. 271 des H.G.B. und von Anwendung der bezüglichen handelsgeſetzlichen Beſtimmungen überall nicht die Rede ſein kann.

H.G.B. Art. 271 Ziff. 1 Art. 275 auch 272 Ziff 4.
Buſch, Archiv des Handelsrechts, Bd. 4 S. 221, Bd. 10 S. 200. 201, auch Bd. 13 S. 411.
Goldſchmidt, Handbuch des Handelsrechts, §. 41 S. 310. 311 §. 59 S. 508 ff.

Als ein Privatmäkler, der nach den im Handelsrechte zur Anerkennung gekommenen Grundſätzen, ſoweit ſolche auch auf andere als handelsgeſetzmäßig beſtellte Mäkler paſſen, behandelt werden könnte, iſt aber der Kläger auch nicht zu betrachten, wie ſich aus den Umſtänden des hier vorliegenden Falles entnehmen läßt. Der Kläger bezeichnet ſich im Klagvortrag ſelbſt gar nicht als Mäkler, ſondern nur als Commiſſionär, mithin, in der hier zu unterſtellenden gewöhnlichen, nicht ſtreng handelsgeſetzmäßigen Bedeutung, als einen Beſorger von Aufträgen, wie ſolche in ſogenannten Commiſſionsbureaus für beſtimmte Auftraggeber und in deren Intereſſe übernommen zu werden pflegen, er nennt auch das fragliche Geſchäft in der Klage, ſowie auch ſpäter gar nicht ein Makelgeſchäft, beruft ſich vielmehr ſelbſt auf die allgemeinen landrechtlichen Beſtimmungen über Aufträge und nach Beſchaffenheit der Verhältniſſe iſt auch gar nicht anzunehmen, daß der Beklagte dem Kläger die beträchtliche Summe von 600 fl. blos für einfache Vermittlung ohne Rückſicht auf Förderung des beſonderen Intereſſes des Erſteren als Auftraggebers verſprechen wollte, ſo daß der Beauftragte als ein ſolcher Unterhändler erſchiene, der unpartheiiſch zwiſchen beiden Vertragsabſchließenden ſtehend im Intereſſe beider Theile handeln ſollte. Eine Auffaſſung des Vertrags in dem zuletzt bezeichneten Sinne würde der hier unterſtellbaren Abſicht der Parteien ſicher nicht entſprechen.

Vergl. Troplong, du mandat No. 66 — 69.
von Hahn, Commentar zum H.G.B. Bd. 1 S. 167. 199 ff. und hiezu beſonders
Endemann, Handelsrecht, §. 164, namentlich Note 42, §. 165 S. 781. 782.

Es ſind ſonach nicht die Grundſätze über Makelverträge im eigentlichen Sinne, ſondern die Regeln über Aufträge in Verbindung mit den allgemeinen Vertragsregeln hier anzuwenden.

Nach den Regeln über Verträge im Allgemeinen, verbinden Verträge nicht nur zu dem Ausgedrückten, ſondern auch zu Allem, was aus ſolchen nach Billigkeit, Herkommen oder Geſetzen folgt; ſie erfordern ſtets redlichen Vollzug, L.R.S. 1134. 1135.

Nach den Grundſätzen des Auftragsvertrags insbeſondere haftet der Beauftragte, welcher das ihm anvertraute Geſchäft nach L.R.S. 1991 im Einklang mit 1134 redlich zu vollziehen, und für das Intereſſe ſeines Auftraggebers als guter Hausvater zu ſorgen hat, für Gefährde und Verſehen in der Geſchäftsführung, und zwar in voller Strenge, wenn er, wie im gegenwärtigen Falle, den Auftrag gegen Belohnung, zumal eine ſo anſehnliche, verrichtet.

L.R.S. 1992.

Nach der Natur des hier in Frage ſtehenden beſon-

Digitized by Google

dern Auftragvertrages aber, wobei nach allen Umständen die Bestellung des Klägers zum vermittelnden Geschäftsbesorger mit Rücksicht auf Erzielung eines ermäßigten Kaufpreises geschah, hatte der Kläger, auch ohne die (vom Beklagten übrigens behauptete) besondere und ausdrückliche Zusicherung des Klägers, er wolle von Apotheker Stehle keinen Lohn annehmen und blos im Interesse des Beklagten handeln, schon an sich die Verpflichtung, als redlicher Geschäftsbesorger das Seinige zu thun, um einen billigeren Preis zu erzielen und sich bis zu gänzlicher Vollführung des Auftrages aller solcher Handlungen zu enthalten, die diesem Zweck und dem Interesse des Beklagten offenbar zuwider waren. Es bedurfte hiewegen gar keiner besondern Vereinbarung.

Vergl. Troplong, a. a. O. No. 404. 408.

Daß nun aber der Kläger, indem er nach seinem eigenen Zugeständniß von Apotheker Stehle in der Weise, wie es geschah, die Summe von 600 fl., so viel als ihm der Beklagte zugesagt hatte, als Belohnung annahm, im vorliegenden Falle seine bezüglichen Verpflichtungen verletzte, und sich eines Vertragsbruchs schuldig machte, ist ungeachtet der Bestreitung jeder vorherigen Zusage des Apothekers Stehle auf Seite des Klägers allerdings als genügend hergestellt anzusehen.

Aus dem Zeugnisse des Apothekers Stehle, welches nach der Person dieses Zeugen, sowie auch nach dem Inhalt seiner gegenüber dem Beweissatze sehr beschränkten Angaben, in Vergleichung mit den sonstigen Umständen, durchaus glaubwürdig erscheint, ergibt sich nämlich, in Erwägung aller Verhältnisse die richterliche Ueberzeugung, daß das Anerbieten einer beträchtlichen Belohnung durch Stehle sogleich zu Anfang der ersten Besprechung, wenn auch ohne Verlangen des Klägers, Statt fand, und daß der Kläger diese Belohnung nicht zurückwies, sondern stillschweigend (L.R.S. 1108 a und b) sein Einverständniß zu erkennen gab, wie die folgende Hinnahme der Belohnung bestätigte, welche schon bei der ersten Anzahlung auf den Kaufpreis unbestritten erfolgte. Da auch der Kaufpreis ohne allen Versuch der Vermittlung einer Herabminderung ganz in dem von Stehle verlangten Betrag bestimmt wurde, erscheint die erwähnte Handlungsweise des Klägers um so mehr von wesentlicher Bedeutung.

Derselbe ist deßhalb, wegen der ihm hiernach zur Last fallenden wesentlichen Vertragsverletzung mit seinem vertragsmäßigen Lohnanspruch und zwar, wie mit Recht erkannt wurde, mit seinem ganzen Anspruch, zurückzuweisen.

Troplong, am angeführten Orte No. 635.

Hienach rechtfertigt sich die Bestätigung des angefochtenen Urtheils mit Verfällung des Oberappellanten in die Kosten gemäß Pr.O. §. 169. 170. Red.

28.

Die Satzung eines auf bestimmte Zeit zwischen einer Actiengesellschaft und einem Beamten derselben abgeschlossenen Dienstvertrages, daß die Organe der ersteren den Letzteren vor Ablauf der Vertragszeit aus bestimmten Gründen zu entlassen befugt seien, ist, wenn auch Art. 227 des allg. deutschen H.G.B. (L.R.A.S. 31) auf den Beamten keine Anwendung findet, zulässig und schließt eine gerichtliche Erörterung über das Dasein von Entlassungsgründen aus.

Als Vorstand einer Actiengesellschaft im Sinne des Art. 227 und ff. des allg. deutschen H.G.B. (L.R.A.S. 31. 32) ist nur derjenige anzusehen, welcher die Geschäfte der Gesellschaft im Ganzen verwaltet und zur rechtlichen Vertretung derselben berufen ist.

Die im gedachten Art. 227 vorbehaltenen Entschädigungsansprüche fallen weg, wenn die Entfernung aus dem Amte (Aufhebung des Dienstvertrages) nach gemeinen Rechtsgrundsätzen oder nach besondern Vertragssatzungen als zureichend begründet erscheint.

J. S. des Dr. Böckmann zu Heidelberg gegen die Ultramarinfabrik daselbst erließ das großh. Oberhofgericht unter dem 7. Juni 1867 ein die auf Vollzug eines Dienstvertrags gerichtete Klage des Ersteren abweisendes Urtheil, dessen Gründe in dem Nachstehenden mitgetheilt werden. Sie besagen:

Kläger schloß am 10. Dezember 1858 mit der unbenannten Gesellschaft „Heidelberger Ultramarinfabrik," vertreten durch das damalige Comité derselben, einen Vertrag ab, wodurch er bis zum 31. Dezember 1868 die

Digitized by Google

Stelle eines technischen Direktors besagter Fabrik gegen eine jährliche Besoldung von 2400 fl. und gegen Tantièmen vom Reingewinne, welche ihm bis zu einem Jahresbetrag von 600 fl. garantirt wurden, übernahm. Er fordert nun in einer am 4. August 1862 erhobenen Klage auf Grund gedachten Vertrags und unter der Behauptung, daß er von den Organen der Gesellschaft längst vor Ablauf der Vertragsdauer mit Unrecht seines Dienstes und der damit verbundenen Bezüge enthoben worden sei, weitere Erfüllung des Vertrags Seitens der Beklagten, insbesondere Entrichtung der seit dem 7. März 1862, an welchem Tage die Dienstenthebung eintrat, verfallenen und bis zum 31. Dezember 1868 verfallenden vertragsmäßigen Bezüge.

Dieser Klage wurde vom beklagten Theile zunächst entgegengehalten, daß der von den Organen der Aktiengesellschaft verfügten Dienstentlassung nach Art. XII. der Gesellschaftsstatuten und nach dem Schlußsatze des Art. I. des gedachten Dienstvertrages die Rechtswirkung einer völligen Aufhebung dieses Vertrages zukomme, und daß hiernach die erhobene Klage als unbegründet erscheine.

Der Art. XII. der Statuten verfügt:

„Die Mitglieder der Direktion können wegen Ordnungswidrigkeiten, schlechter oder fahrlässiger Geschäftsführung oder aus moralischen Gründen durch einen Beschluß des Verwaltungsraths, welchem mindestens drei seiner Mitglieder beigestimmt haben, vom Amte suspendirt werden."

„Wenn der Verwaltungsrath eine solche Suspension nicht längstens innerhalb sechs Monaten wieder aufhebt, so muß er bei der Generalversammlung auf Entlassung des suspendirten Direktors antragen. Beschließt die Generalversammlung hienach die Entlassung, so ist dadurch der Vertrag mit dem betreffenden Direktor aufgehoben und alle seine aus der Anstellung erlangten Rechte hören, mit Wirkung vom Tage der Suspension an, von selbst auf."

Der Schlußsatz des Art. I. des Dienstvertrags besagt:

„Dr. Emil Böckmann erklärt mit dem in öffentlicher Urkunde vom 30. November 1858 enthaltenen Statut der Gesellschaft vollständig bekannt zu sein und insbesondere den Art. XII. dieses Statuts als ihn verpflichtend anzuerkennen."

Der Kläger räumt ein, daß durch einen ihm am 7. März 1862 zugekommenen Beschluß des Verwaltungsraths vom 1. März 1862, „unter Anführung verschiedener Beweggründe und unter Hinweisung auf Art. XII. der Statuten seine Suspension, durch Beschluß der Generalversammlung vom 30. Juni 1862 seine Dienstentlassung ausgesprochen worden sei."

Es kann hiernach keinem Anstande unterliegen, daß das durch den Art. XII. der Statuten vorgeschriebene Verfahren dem Kläger gegenüber eingehalten wurde; es fragt sich jedoch, ob, was der beklagte Theil behauptet, Kläger aber bestreitet, diesem Verfahren den angeführten Stellen der Statuten und des Vertrags zufolge in der That die Rechtswirkung einer völligen Vertragsaufhebung beigemessen werden kann.

Diese Frage ist zu bejahen.

Hiefür spricht zunächst schon die bestimmte Ausdrucksweise am Schlusse des Art. XII. der Statuten, wonach im Falle eines auf Entlassung lautenden Beschlusses der Generalversammlung dadurch der Vertrag mit dem betreffenden Direktor aufgehoben sein und alle seine aus der Anstellung erlangten Rechte von selbst aufhören sollen. Es würde diese Ausdrucksweise, die bei ihrer Klarheit einem Mißverständnisse nicht ausgesetzt war, sicher nicht gewählt worden sein, wenn es bei Abfassung des Vertrags im Sinne der Parteien gelegen hätte, dem gemäß Art. XII. der Statuten ergangenen Ausspruche der Entlassung gegenüber eine gerichtliche Klage auf Fortsetzung des Vertrags zu gestatten. Unter der Voraussetzung der Zulässigkeit einer solchen Klage hätte der Schlußsatz des Art. XII. offenbar jeder besonderen Bedeutung entbehrt, und doch hielt man ihn Seitens der Parteien für so gewichtig, daß man es für nöthig fand, in den Art I. des Dienstvertrags neben der Erklärung des Klägers, daß er mit den Statuten der Gesellschaft vollständig bekannt sei, noch die weitere Erklärung desselben aufzunehmen, daß er insbesondere den Art. XII. des Statuts als ihn verpflichtend anerkenne. Es kann nichts dem Wesen des fraglichen Dienstvertrags Widersprechendes darin gefunden werden, daß sich in demselben neben der Festsetzung einer zehnjährigen Vertragsdauer und neben der Bestimmung, wonach selbst nach Ablauf dieser Vertragsdauer eine Kündigung des Vertragsverhältnisses nöthig sein soll (Art. IV.), die obiger Auslegung des Art. XII. der Statuten zufolge vorhandene unbedingte Unterwerfung unter den Spruch der Gesellschaftsorgane findet, indem es bei der hohen Wichtigkeit des Amtes eines technischen

Digitized by Google

Direktors für die Interessen einer Fabrik und bei der Möglichkeit einer diese Interessen empfindlich schädigenden Wirksamkeit eines solchen Direktors den Verhältnissen als völlig entsprechend erscheint, daß in dem Dienstvertrage, ungeachtet derselbe in einer den Bediensteten für eine bestimmte Zeit bindenden Weise eingegangen wird, den Aufsichtsorganen der Fabrik eine Befugniß, ihrerseits das Vertragsverhältniß vor Ablauf jener Zeit zu lösen, vorbehalten worden ist. Daß eine solche Befugniß an gewisse Bedingungen geknüpft sei, welche etwa in bestimmten Kündigungsfristen, in erschwerenden Formen der Vertragsaufhebung oder in der Beschränktheit der zulässigen Aufhebungsgründe bestehen mögen, gebietet die Rücksicht auf die Interessen des Bediensteten.

Unter diesen der Natur der Sache zu entnehmenden Verhältnissen läßt sich für den vorliegenden Fall gerade daraus, daß der Art. XII. der Statuten den Direktoren der Fabrik einen gewissen Schutz vor einer grundlosen und übereilten Vertragsaufhebung gewährt, der Schluß ziehen, daß dieser Artikel eine durch die Organe der Gesellschaft zu verfügende endgültige, nicht aber eine erst noch der richterlichen Prüfung unterliegende Enthebung vom Dienste im Auge habe. Wäre die Zulässigkeit einer solchen Prüfung vorausgesetzt worden, so hätte die Anordnung der schützenden Formen des Art XII. des genügenden Grundes entbehrt.

Der Umstand, daß die Suspension und Dienstentlassung dem mehrerwähnten Art. XII. zufolge nur wegen Ordnungswidrigkeiten, schlechter oder fahrlässiger Geschäftsführung oder aus moralischen Gründen ausgesprochen werden darf, kann keineswegs mit entscheidender Wirksamkeit gegen die bisherige Auslegung des Art. XII. und für das Platzgreifen der richterlichen Thätigkeit geltend gemacht werden, indem die Anführung solcher bestimmten Vertragsaufhebungsgründe recht wohl geschehen sein konnte, um das Ermessen des Verwaltungsraths, beziehungsweise der Generalversammlung zu regeln, und der Verfügungsgewalt dieser Gesellschaftsbehörden im Interesse und zum Schutze des Bediensteten gewisse Schranken zu setzen. Eine entgegengesetzte Anschauung über diesen Punkt würde in einen offenen Widerspruch zu der oben hervorgehobenen bestimmten Ausdrucksweise des Schlußsatzes des Art. XII. führen. Es liegt überdies, zumal bei der schwankenden Fassung der Dienstenthebungsgründe die Annahme sehr ferne, daß bei Abschluß des Vertrags die Absicht gewaltet habe, es auf eine mit erheblichen Weiterungen und Schwierigkeiten verbundene Erörterung über das Dasein oder Nichtdasein jener Gründe vor dem bürgerlichen Richter ankommen zu lassen.

Offenbar wollte vielmehr einerseits die Gesellschaft in Rücksicht auf die möglicher Weise auf dem Spiele stehenden gewichtigen Interessen die Befugniß ihrer Organe zu einem sofortigen selbstthätigen Einschreiten wahren, wie es anderer Seits bei der Klarheit der maaßgebenden Vertragssatzungen (Art. XII. der Statuten, Art. I. des Vertrags) keinem erheblichen Zweifel unterliegen kann, daß sich Kläger in der That der jenes Einschreiten wahrenden Bestimmung schlechthin unterworfen hat.

Bei dieser Sachlage mußte unter Abänderung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses die Klage abgewiesen werden."

Soweit die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe.

Das großh. Amtsgericht Heidelberg ging bei Erlassung seines abweislichen Bescheides von derselben Ansicht aus, welche in den vorstehenden oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen dargelegt ist, während das Appellationsgericht die richterliche Prüfung des Vorhandenseins von Entlassungsgründen im Sinne des Art. XII. der Statuten für geboten erachtete, zu diesem Behufe dem beklagten Theile die von ihm für das Dasein solcher Gründe geltend gemachten Thatsachen zu beweisen aufgab, die angetretenen Beweise und Gegenbeweise erhob, sofort aber zu dem Resultate gelangte, daß Entlassungsgründe, wie sie der angeführte Art. XII. voraussetze, nicht dargethan seien.

Man berief sich gegen die Klage, die sich auf den im Jahre 1858 eingegangenen Vertrag stützte, auch auf den damals noch in Kraft gestandenen L.R.A.S. 31 lautend: „Sie (die unbekannte Gesellschaft) wird durch Gewalthaber verwaltet; deren Auftrag gilt nur auf dieselbe Zeit und ist widerruflich, dieselben können Gesellschafter oder Fremde sein, mit oder ohne Gehalt dienen." (Urtext: „Elle (la société anonyme) est administrée par des mandataires à temps, revocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits"), welche Gesetzesstelle in Frankreich dahin aufgefaßt wird, daß die Widerruflichkeit öffentlichen Rechtens (d'ordre public) sei, daß deßhalb Verträge dieselben nicht aufzuheben und nur einen Entschädigungsanspruch zu begründen, im Stande seien. Broicher und Grimm, Handelsge-

Digitized by Google

setzbuch für die Rheinprovinz. Cöln 1835 zu Art. 31 S. 19. Troplong, Soc. nro. 451. 452. 467. Delangle, Soc. commerciales zu art. 31. 32 nro. 425 bis 431. Dalloz, Répert. tom. 40 m. Société nro. 1513 u. ff., insbesondere 1522. Renaud, Actiengef.. S. 475—481. Der fragliche Satz ging in folgender Form als Art. 227 in das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch über: „Jede Actiengesellschaft muß einen Vorstand haben (Art. 209 Ziff. 7). Sie wird durch denselben gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen; diese können besoldet oder unbesoldet, Actionäre oder Andere sein. Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen." Der Grund der angeführten Gesetzesstellen (L.R.A.S. 31. Code de com. Art. 31. Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 227) liegt augenscheinlich in der Erwägung, daß man es nicht für zulässig hielt, die Geschicke einer unbenannten Gesellschaft, deren Wohl und Weh der Natur der Sache nach zum größesten Theile von der Fähigkeit und dem guten Willen ihrer Geschäftsführer abhängt, auf lange Zeit hinaus an Personen zu binden, die, so trefflich sie auch bei der Vertragseingebung erscheinen mochten, den von ihnen gehegten Erwartungen nicht entsprechen. S. bezüglich des allgem. deutschen H.G.B. Renaud, a. a O. Hahn, Commentar S. 456. Endemann, Handelsrecht S. 314. — Dem Bisherigen zufolge stand, abgesehen vom Art. XII. der Statuten, auch der L.R.A.S. 31, beziehungsweise Art. 227 des allgem. deutschen H.G.B. der 10jährigen Vertragsdauer entgegen, woferne Dr. Böckmann „Gewalthaber" im Sinne des L.R.A.S. 31 oder „Vorstand" im Sinne des Art. 227 des allg. deutschen H.G.B. war. Diese Stellung nahm er aber nicht ein; da sie nur Demjenigen zukommt, der die Actiengesellschaft im Ganzen und insbesondere auch in rechtlicher Beziehung vertritt, während Dr. Böckmann nur die technische Leitung des Fabrikbetriebes über sich hatte (die Benennung „Director" ist nicht entscheidend). Vergleiche die Protokolle über Abfassung des allgem. deutschen H.G.B. S. 346. 348. 1037. Hahn, a. a. O. Renaud, a. a. O. S. 467—471 und insbesondere die V.O. des großh. Justizministeriums vom 3. October 1862 über die Führung der Handelsregister (Reggsbl. Nr. 50. S. 469 u. ff.) §. 47, wo es heißt: „Wenn die Mitglieder des Vorstands einer Actiengesellschaft eingetragen werden sollen, so ist sorgfältig zu prüfen, welche Personen als der Vorstand der Gesellschaft anzusehen sind. Für die Entscheidung ist keineswegs die Benennung maaßgebend, welche einzelnen Organen der Gesellschaft in dem Gesellschaftsvertrage oder in einem späteren Vertrage beigelegt ist. Als Vorstand sind vielmehr stets nur diejenigen Personen anzusehen, welche die Geschäfte der Gesellschaft im Ganzen verwalten und zur Vertretung derselben im Rechtsverfahren berufen sind. (Vergl. Art. 209. 227 des H.G.B.)" Das großh. Oberhofgericht hat bei dieser Lage der Dinge J. S. des Werkmeisters Reiber in Heidelberg gegen die Heidelberger Ultramarinfabrik den von Ersterem gegen letztere klagend geltend gemachten Dienstvertrag nicht schon um deßwillen als für die letztere bindend erachtet, weil Dr. Böckmann Namens der Gesellschaft den Vertrag abgeschlossen hatte, vielmehr nur die als erwiesen angenommene Genehmigung des Verwaltungsraths für entscheidend angesehen. (Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 7. Dezember 1866.)

Dr. Böckmann erhob nach Abweisung seiner vorbin besprochenen Klage gegen die Heidelberger Ultramarinfabrik eine weitere Klage gegen dieselbe, welche aber ebenfalls, und zwar in drei Rechtszügen abgewiesen wurde.

Die Entscheidungsgründe zu dem in letzter Sache ergangenen oberhofgerichtlichen Spruche (vom 27. Oct. 1868) lauten folgendermaaßen:

„Die dermalen vorliegende Klage geht davon aus, daß Kläger — unerachtet er mit seiner früheren, auf Erfüllung des auf zehn Jahre abgeschlossenen Dienstvertrages und insbesondere auf Auszahlung des für diese Zeit bedungenen Jahresgehaltes und der für die gleiche Zeit garantirten Tantièmen gerichteten Klage aus dem Grunde rechtskräftig abgewiesen worden sei, weil nach den Statuten der beklagten Gesellschaft und nach dem darauf verweisenden Dienstvertrage den Organen der Gesellschaft die, in der That von ihnen geübte, Befugniß, den Dienstvertrag aus gewissen Gründen aufzuheben, zugestanden habe — dennoch um deßwillen auf Entschädigung zu klagen und auf diesem Wege den vollen Ersatz des ihm durch die Vertragsaufhebung zugegangenen Schadens, in erster Reihe also die Auszahlung des erwähnten Jahresgehaltes und der erwähnten Tantièmen zu begehren berechtigt sei, weil die Gesellschaftsorgane die ihnen anvertraute gedachte Befugniß

Digitized by Google

nicht in rechtmäßiger Weise geübt, nämlich ohne das Vorhandensein der statutenmäßigen Vertragsauflösungsgründe den Vertrag aufgehoben hätten, die beklagte Gesellschaft aber wegen dieser Seitens ihrer Organe begangenen unrechten That, beziehungsweise Vertragsverletzung dem Kläger schadenersatzpflichtig sei.

Dieser Klage steht aber in erster Reihe schon das in dem früheren Streite beider Theile vom diesseitigen Gerichtshofe erlassene rechtskräftige Urtheil entgegen, dessen Berücksichtigung, unerachtet es sich hier um die Oberberufung gegen, die Ladung auf die Klage versagende, Urtheile der vordern Rechtszüge handelt, unerachtet also die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, wenn sie auch im zweiten Rechtszuge vorgebracht wurde, noch nicht am Platze war, um deßwillen als völlig zulässig sich darstellt, weil die dermalige Klage selbst auf den früheren Rechtsstreit verweiset, die Art der Entscheidung desselben kund gibt und die Beilegung der darüber erwachsenen Acten der drei Rechtszüge beantragt und weil der Richter offenbar dann nicht verpflichtet sein kann, die Beurtheilung eines Anspruches von dem Vorbringen der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache abhängen zu lassen, wenn schon die Klage des ihr entgegenstehenden rechtskräftigen Urtheils gedenkt.

Daß das in dem früheren Rechtsstreite beider Theile ergangene oberhofgerichtliche Urtheil auch die jetzige Klage als verwerflich erscheinen läßt, ergibt sich daraus, daß die jetzige Klage, wie die frühere, den Dienstvertrag zum Grunde hat, daß die jetzige Klage gleich der früheren den Jahresgehalt und die garantirten Tantièmen für die Zeit der Vertragsdauer begehrt, daß das mehrerwähnte frühere Urtheil, wie die Gründe, auf denen es ruht, ergeben, die in der jetzigen Klage als neuer Gegenstand der richterlichen Beurtheilung geltend gemachte Frage, ob die Gesellschaftsorgane die ihnen durch die Statuten und den Dienstvertrag verliehene Befugniß, diesen Vertrag aufzugeben, in rechtmäßiger Weise geübt hätten, durch die Annahme, es sei den Statuten und dem Dienstvertrage zufolge jede Erörterung dieser Frage vor den Gerichten ausgeschlossen, vielmehr die Entscheidung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der statutenmäßigen Vertragsauflösungsgründe dem alleinigen Ermessen der Gesellschaftsorgane anheim gegeben, bereits zu Ungunsten des Klägers erledigt hatte."

Dies ist nun des Näheren aus den Entscheidungsgründen zum früheren oberhofgerichtlichen Urtheile nachgewiesen.

Die Entscheidungsgründe zum neueren Urtheile schließen mit nachstehenden Sätzen:

„Steht nun, wie es dem Bisherigen zufolge offenbar der Fall ist, in Folge des oberhofgerichtlichen Urtheils fest, daß die Gesellschaftsorgane mit Ausschluß des bürgerlichen Richters den Vertrag in allen Beziehungen aufzuheben befugt waren, so kann ihnen, wenn sie von dieser Befugniß Gebrauch gemacht haben, nicht zur Last gelegt werden, daß sie einen Vertragsbruch oder eine unrechte That begangen und damit die Gesellschaft entschädigungspflichtig gemacht hätten.

Auch abgesehen von der Rechtskraft des oberhofgerichtlichen Urtheils würde der jetzigen Klage wieder das Gewicht aller der in dem Vorhergehenden dem Wesentlichen nach mitgetheilten, den Statuten, dem Dienstvertrage und der Natur der Verhältnisse entnommenen Gründe mit entscheidender Kraft entgegenstehen, welche das frühere Erkenntniß rechtfertigten, und müßten diese Gründe an und für sich schon zu dem eben vorhin aus dem oberhofgerichtlichen Urtheile abgeleiteten Ergebnisse des Nichtvorhandenseins eines Vertragsbruches oder einer unrechten That führen."

Die neuere Klage verdankte wohl ihre Entstehung dem Schlusse des Art. 227 des allg. deutschen H.G.B., wonach dem Vorstande einer Actiengesellschaft, unerachtet der Widerruflichkeit seiner Bestellung, „Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen" vorbehalten sind, sowie dem Umstande, daß die hier zum Gesetze erhobene Anschauung auf dem Boden des Code de commerce (Art. 31. L.R.A.S. 31) bereits durch die Wissenschaft und Rechtsübung sanctionirt war (s. oben). Wie dargelegt wurde, konnte Dr. Böckmann nicht als „Vorstand" oder „Gewalthaber" der Gesellschaft im Sinne des Gesetzes angesehen werden. Wäre er aber auch als solcher zu betrachten gewesen, so hätte dadurch die Sachlage keine Aenderung erfahren, da die fraglichen Entschädigungsansprüche offenbar dann nicht geltend gemacht werden können, wenn das Vertragsverhältniß zwischen der Gesellschaft und dem betreffenden Beamten ganz abgesehen von der durch Art. 227 (L.R.A.S. 31) bestimmten Widerruflichkeit auf Grund des gemeinen Vertragsrechts oder besonderer Vertragssatzungen vor Ablauf der Vertragsdauer gänzlich aufgelöst worden ist oder aufgelöst werden kann. Dies ist auch offenbar die Anschauung

Digitized by Google

Renaud's, wenn er (Actienges. S. 480) sagt: „Die Entfernung der Vorstandsmitglieder kann jedoch nur unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen geschehen, Ansprüche, über deren Bestand und Betrag im Nothfalle gerichtlich zu entscheiden ist. In Ansehung der Festsetzung des Schadensersatzbetrages, wo ein bezüglicher Anspruch nicht überhaupt in Folge zureichend begründeter Remotion vom Amte wegfällt, wird aber die Zeitdauer der Anstellung, beziehungsweise der Umstand, daß eine solche auf die Lebenszeit oder für die Dauer des Gesellschaftsbestandes geschehen, von Einfluß sein, wenn nicht eine derartige Anstellung, die an sich durch eine unbedingte Widerruflichkeit nicht ausgeschlossen ist, durch Statuten oder Landesgesetzgebung untersagt ist."

Roßhirt.

29.

Sitzungen und Vorsitz.

Unter dieser Aufschrift kamen der Redaction von Herrn Kreisgerichtsrath Eisen zwei Aufsätze zu, deren einer die Sitzungen behandelnd — in No. 18 Ziff 121 S. 273 ff. der Annalen vorigen Jahrs mit dem Namen des Herrn Verfassers abgedruckt ist. Der andere — den Vorsitz betreffend — sollte nach der Anordnung der Redaction in diesem Jahrgang der Annalen als No. 1 den Reigen der Aufsätze eröffnen. Bei der Correctur erregte jedoch Form und Inhalt des Vortrags, der in einem Juristenkränzchen sich ganz gut anhören lassen mochte, als Druckwerk einiges Bedenken. Der Herr Verfasser stellt darin den Satz auf, der jeweilige Referent solle in der ihm zur Bearbeitung übertragenen Sache die Leitung der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung haben. Dieser nicht über alle Anfechtung erhabene Satz läßt sich aufstellen, auch begründen, aber bei unserer Organisation, so lange sie gesetzlich besteht, nicht ein- und durchführen, ist also voraussichtlich von keinem praktischen Erfolg, und auf wissenschaftliches Interesse hat eine vorzugsweise praktische Erörterung keinen Anspruch. Da nun zudem in derselben über ständig zum Vorsitz Berufene — wenn auch nur im Allgemeinen — in der eigenthümlich sarkastischen Weise des Herrn Verfassers gesprochen ist, die vielleicht verletzen oder doch Mißfallen erregen könnte, so hielt es die Redaktion für keine Beeinträchtigung der Leser dieser Zeitschrift, wenn sie ihnen die Gelegenheit, diesen Vortrag gedruckt zu lesen, entzog und das Manuskript dem Verfasser zurückgab. Dieser aber hat sich durch die Verweigerung der Aufnahme des zweiten Theils seines Vortrags zu folgender — auf sein Verlangen wörtlich mitgetheilten — Auslassung veranlaßt gesehen:

Notiz.

Der Aufsatz unter Ziff. 121 der Annalen v. J. 1868 sollte den Anfang einer Reihe von ähnlich geschriebenen bilden, von denen zunächst die erste Folge, bestehend in zwei Stücken mit der Aufschrift „Sitzungen und Vorsitz," dem Druck übergeben wurde.

Zur Veröffentlichung gelangte aber nur das erste Stück der ersten Folge (in der genannten Ziff. 121 von Band XXXIV.). Die Redaktion der Annalen wird wohl die Gefälligkeit haben, hier zu bezeugen, daß, wenn die bereits beschlossen gewesene Fortsetzung unterbleibt, der Verfasser an dem Beschlusse der Einstellung des ferneren Verfahrens unbetheiligt ist, und daß insbesondere das zweite Stück beim Erscheinen des ersten bereits in der Hand der verehrlichen Redaktion sich befunden hat. Wenn nicht, ohne Zuthun des Verfassers, dessen Name unter den fraglichen Aufsatz gesetzt worden wäre, (was sonst in den Annalen gebräuchlich, aber im vorwürfigen Fall weniger angemessen war), so hätte es der gegenwärtigen Bemerkung nicht bedurft, die nun aber nothwendig fällt, weil zahlreiche Freunde sich über die Stockung der Sache und zumal über das Ausbleiben der zum Verständniß der ersten Hälfte durchaus nothwendigen zweiten Parthie längst gewundert haben, und weil sie wissen müssen, daß der Verfasser dabei nicht im Spiele und insbesondere weder Vor- noch Rücksicht seinerseits mit unterläuft. Allenfallsigen Feinden (?) aber möge die Einstellung eine Genugthuung sein, die ihnen der Verfasser — nicht gegönnt hätte, wenn es auf ihn ankam.

Eisen, Kreisgerichtsrath.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro April 1869. No. 3.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 3.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat April 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 1. April.	
12	Glitsch gegen Göhring. — Forderung.	Barbo. — Eller.
23	Göldner gegen Engelhard. — Forderung.	Mayer. — A. Gutmann.
	Dienstag den 6. April.	
31	Traumann gegen Frei. — Forderung.	Grimm. — Fürst.
144	Lenz gegen Kaiser. — Eigenthumsstörung.	Ettlinger. — Kusel.
	Donnerstag den 8. April.	
143	Gallinger gegen Maier. — Tauschvertrag.	Esser. — Schenkb.
13	Sauer gegen Sauer. — Erbberechtigung.	Eller. — v. Feder.
	Dienstag den 13. April.	
146	Siedle gegen Reiß. — Vollstreckungsaufhebung. . . .	Eller.
5	Hofmann gegen Hofmann. Gant. — Vorzug. . . .	Eller. — Esser.
	Donnerstag den 15. April.	
6	Lersch gegen Handschuchsheim. — Wasserrecht.	Geißmar. — Schulz.
	Dienstag den 20. April.	
145. 4	de Groot gegen Stern. — Entschädigung.	Eller. — Geißmar.
7	von Fürstenberg gegen Biethingen. — Holzberechtigung. . .	Gernandt. — Wedekind.
	Donnerstag den 22. April.	
153	Fischer gegen Lipovsky. — Gesellschaftsauflösung. . . .	Bertheau. — Geißmar.
147	Hirsch gegen Fiscus. — Entschädigung.	Bertheau. — Geißmar.
	Dienstag den 27. April.	
150	Württemb. Eisenbahnbaucom. gegen Gräßle.	Zwangsabtretung. J. Gutmann. — Kohlhagen.
152	Württemb. Eisenbahnbaucom. gegen Rohreck.	Zwangsabtretung. J. Gutmann. — Kohlhagen.
8	Württemb. Eisenbahnbaucom. gegen Bohnenberger.	Zwangsabtretung. J. Gutmann. — Strauß.
	Donnerstag den 29. April.	
9	Württemb. Eisenbahnbaucom. gegen Sacke.	Zwangsabtretung.
10	Württemb. Eisenbahnbaucom. gegen Geiger.	Zwangsabtretung. J. Gutmann. — Kohlhagen.
11	Württemb. Eisenbahnbaucom. gegen Bohnenberger.	Zwangsabtretung.

Digitized by Google

Vor Kurzem sind erschienen und in der **Buchhandlung** von **J. Bensheimer** in **Mannheim** stets vorräthig:

Puchelt, ergänzende Gesetze der großherzoglich badischen Strafgesetzgebung mit Erläuterungen. Preis eleg. br. fl. 2. 42 kr.

Endemann, Dr., Wilhelm. Das deutsche Civilprozeßrecht, gr. 8° Heidelberg 1868, broch. fl. 9. 54.

Koch, Dr., L. F. Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch mit Commentar und Anmerkungen. 2. vermehrte und verbesserte Ausgabe. Berlin 1869, gr. 8° broch. fl. 7. 12.

Goldschmidt, Dr., L. Handbuch des Handelsrechts. I. Band. 2. Abtheilung, enthaltend: die Lehre von der Waare. Erlangen 1868, gr. 8° fl. 6. 12.

Deutsche Rechtssprichwörter unter Mitwirkung der Professoren J. C. Bluntschli u. K. Maurer, gesammelt und erklärt von **Eduard Graf** und **Mathias Dretherr.** Zweite Ausgabe. Nördlingen 1868, gr. 8°. fl. 2. 42.

Gesetz, das badische vom 8. März 1868 über den Elementarunterricht, sammt den dazu gehörigen Verordnungen. Mit Benützung amtlicher Quellen, erläutert von **August Joos.** I. Abth. complett fl. 3.

Demolombe, Cours de Droit Civil. Bd. 12. Heft 1. Preis eleg. br. fl. 3.

Weech, Friedrich von, Geschichte der badischen Verfassung. Nach amtlichen Quellen. Karlsruhe 1868, gr. 8°. Preis broch. fl. 1. 45.

Anschütz, Professor, Dr. A. und Dr. Freiherr **v. Völderndorff,** Handelsappellationsgerichtsrath. Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechts. I. Band. fl. 4. II. Heft 1. und 2. fl. 2. Erlangen 1868. Lex. 8° broch.

Nicht nur der **Jurist,** sondern **jeder intelligente Kaufmann** findet in diesem von gediegenen Fachmännern bearbeiteten Kommentar eine reichliche und verläßliche Auskunft über alle einschlägigen Gegenstände. Das dritte Heft des II. Bandes wird demnächst erscheinen und geht der fernere Druck unausgesetzt fort.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 5.**

30.

Der Anspruch der Ehefrau auf Schadloshaltung aus der Gantmasse ihres Ehemanns für eine übernommene Schuld,

L.R.S. 2032. 2. 2135,

bildet nicht eine selbstständige, von der Forderung des betreffenden Gläubigers trennbare und dieselbe zurückdrängende, veräußerliche und sonach dem Beschlag dritter Gläubiger unterliegende Forderung der Ehefrau.

Der Ehemann, dessen Ehefrau eine Schuld desselben mit übernommen hat, ist nur Schuldner des Gläubigers und nur zur einmaligen Zahlung der Schuld verbunden. Dieses Verhältniß wird dadurch nicht geändert, daß der Schuldner vor der Zahlung in Gant geräth.

Die dem Gläubiger samntverbindliche Ehefrau hat gegenüber dem Schuldner, ihrem Ehemanne, nur die Rechte des Bürgen, L.R.S 1431, tritt also erst durch die Zahlung in die Rechte des Gläubigers gegen ihren Ehemann ein. L.R.S. 2030. Hat also die Ehefrau vor der Gant ihres Ehemanns dessen Gläubiger bezahlt, so ist dessen Recht erloschen aber auf sie übergegangen. L.R.S. 1234. 1251. 3. 2029. In diesem Falle kann folglich nur die Ehefrau ihre Ersatzforderung nach L.R.S. 2028. 2035 gegen die Gantmasse des Ehemanns liquidiren.

Ist aber zur Zeit der Liquidation der Gläubiger noch nicht befriedigt, so kann die Ehefrau gegen die Gantmasse ihres Ehemanns nur das in L.R.S. 2032 Ziff. 2 dem Bürgen eingeräumte Recht auf Schadloshaltung geltend machen, d. h. den Antrag stellen und begründen, daß der Gläubiger aus der Gantmasse nach Verhältniß des ihr in L.R.S. 2135 (im dritten Absatz) für den Ersatz wegen der Schulden, die sie mit ihrem Manne gemacht hat, eingeräumten Unterpfandsrechts aus der Masse befriedigt und sie dadurch von ihrer, für den Gantmann, beziehungsweise die mit vergantete Gütergemeinschaft übernommenen, Verbindlichkeit befreit werde.

Zachariä, franz. Civ R. §. 426 Note 11 Bd. II. S. 549.

Annalen XXV. S. 336.
XXVI. S. 260.

Magazin IV. S. 451.

Die, einem Gläubiger ihres verganteten Ehemannes sammt- oder mitverbindliche Ehefrau kann diesen Anspruch an die Gantmasse des Hauptschuldners auch dann, wenn der Gläubiger seine Forderung an die Gantmasse liquidirt hat, für den Fall erheben, daß er an der ihm kraft seines Forderungsrechts zukommenden Stelle keine — beziehungsweise soweit er dort nicht vollständige — Befriedigung erhalte.

Der Gläubiger hat übrigens nach L.R.S. 1166 das Recht, statt an der ihm kraft seines Forderungsrechts zukommenden Stelle, an derjenigen sofort und unmittelbar Befriedigung zu verlangen, welche der ihm mit verhafteten Ehefrau für ihren Anspruch auf Schadloshaltung kraft ihrer gesetzlichen Unterpfandsrechte anzuweisen wäre, gleichviel ob die Ehefrau ihren Anspruch auf Schadloshaltung selbst liquidirt hat oder nicht.

In allen diesen Fällen hat die Gantmasse nur einmal die Forderung dem Gläubiger zu zahlen, entweder nur an der ihm oder an der der mitverhafteten Ehefrau zukommenden Stelle, oder soweit jener an der ihm für seine Forderung zukommenden Stelle nicht vollständig befriedigt wird, ergänzungsweise an der der Ehefrau kraft ihres Unterpfandsrechts zukommenden besseren Stelle.

Marcadé ad art. 2032 No. 286 p. 147 III.

Bekk, im Archiv Bd. I. §. 8. 1. 2. S. 146. 147.

Nach allem diesem ist die Ansicht falsch, daß die Ehefrau eine selbstständige, neben der des Gläubigers bestehende Ersatzforderung an die Gantmasse habe, welche dem Betrag der übernommenen Verbindlichkeit entspreche.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus der Erwägung,

1) daß die Gantmasse gegenüber der Ehefrau, die den Gläubiger noch nicht bezahlt hat, nicht in

Digitized by Google

schlimmerer Lage sein kann, als gegenüber der Ehefrau, die Jenen befriedigt hat,

2) daß ferner die Ehefrau nach dem Zwecke ihres Anspruchs auf Schadloshaltung diesen nicht zum Nachtheil und unter Zurückdrängung ihres Gläubigers geltend machen kann.

Auf diese Schadloshaltung kann daher auch nicht von dritten Gläubiger gegriffen werden, eben weil sie keine selbstständige veräußerliche Forderung der Ehefrau bildet, sondern von der betreffenden Forderung des Gläubigers untrennbar ist.

Zu welchen schreienden Rechtsverletzungen die gegentheilige Ansicht führt, hat sich in einem Falle ergeben, wo der Ehefrau eine Reihe solcher Ersatzforderungen im Ganturtheil zuerkannt worden waren, auf welche dann andere, ihr und den betreffenden Gläubigern in dem Ganturtheil nachgesetzte, Gläubiger derselben Beschlag erwirkt hatten.

In dem Vertheilungsbescheide kam dieser Beschlag in der Weise zum Vollzug, daß die Gläubiger, die ihn erwirkt hatten, nicht blos in die Forderungen der Ehefrau für veräußerte Vermögenstheile, sondern auch in deren Ersatzforderungen für übernommene Schulden eingewiesen wurden, obschon diese Schulden durch Befriedigung der betreffenden Gläubiger aus der Gantmasse getilgt wurden und zum Nachtheil eines dieser Gläubiger, der eben deßhalb an der ihm kraft seines Forderungsrechts angewiesenen Stelle nicht mehr vollständige Befriedigung erhielt. Derselbe, Joseph Dürr von Böttigheim, Liquidant, Appellat, Oberappellant, machte deßhalb gegenüber den Gläubigern, welche jenen Beschlag erwirkt hatten, nämlich Daniel Lichtenfeld von Böttigheim, Jakob Hirschhorn von Hochhausen, Hannchen Oppenheimer von Böttigheim, Levi Grünebaum von Wenkheim, Emanuel Mosbacher von Eschau, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten, Forderung und Vorzug betreffend, Erinnerungen gegen den Vertheilungsentwurf, worauf in dem Protokolle des großh. Amtsgerichtes Tauberbischofsheim vom 4. December 1867 gantrichterliche Verfügung erging, durch welche ausgesprochen wurde:

„der Vertheilungsbescheid sei in der Weise zu ändern, daß Joseph Dürr mit seiner Restforderung von 2016 fl. 22 kr. den Gläubigern Jakob Hirschhorn, David Lichtenfeld, Levi Grünebaum, Hannchen Oppenheimer und Emanuel Mosbacher vorzugeben habe."

Gegen diesen Bescheid appellirten Lichtenfeld und Genossen, worauf das großh. Kreis- und Hofgericht Mannheim, Appellationsenat, am 17. Juni 1868, No. 2963, im Hinblick auf die Rechtskraft des Ganturtheils abändernd erkannte:

„daß Joseph Dürr mit seinem Antrag auf Abänderung des Vertheilungsbescheides abzuweisen sei ꝛc."

Auf die von Joseph Dürr ergriffene Oberappellation erkannte aber großh. Oberhofgericht am 21. Dezember 1868:

„das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichtes Mannheim, Appellationsenat, vom 17. Juni 1868, No. 2963, sei aufzuheben und die obige, in dem Protokolle des großh. Amtsgerichtes Tauberbischofsheim vom 4. Dezember 1867 enthaltene gantrichterliche Verfügung wiederherzustellen ꝛc."

Entscheidungsgründe.

Die Ehefrau des Müllers Franz Zimmermann ist in dem in seiner Gant ergangenen Ordnungsbescheid unter Ziff. 1 der dritten Ordnung mit ihrem Anspruch auf Ersatz:

a)	ihrer Heimsteuerforderung mit . .	2050 fl.
b)	des Mehrerlöses aus der Mühle mit (mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom 4. October 1856)	1400 fl.
c)	des Kaufschillings für einen Acker mit (mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom 13. März 1858)	172 fl.

aufgenommen.

Außer diesen . . . . . 2622 fl.

sind der Ehefrau auch noch Ersatzforderungen für übernommene Sammtverbindlichkeit und Mithaft bei folgenden Gläubigern zuerkannt:

1) bei Martin Dürr für 1000 fl. mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom 8. November 1859;
2) bei Peter Keller für 900 fl. mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom 10. November 1859;
3) bei Franz Reinhard für 150 fl. mit gesetzlichem Unterpfand vom 16. Februar 1860 und für 400 fl. mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom 31. Juli 1860;
4) bei Joseph Dürr für 2300 fl. mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom 7. Februar 1862;

ferner bei verschiedenen anderen Gläubigern mit gesetzlichem Unterpfandsrecht von späterer Entstehungszeit.

Digitized by Google

Die unter 1—3 genannten Gläubiger haben selbst liquidirt und werden nach Inhalt des Vertheilungsbescheids vollständig befriedigt, während Joseph Dürr, der Oberappellant, mit 2016 fl. 22 kr. in Verlust geräth, weßhalb er auf die 2300 fl. zurückgreifen will, die der ihm sammtverbindlichen Ehefrau zur Deckung seiner Forderung kraft ihres gesetzlichen Unterpfandsrechts zuerkannt wurden; auf jene Summe ist aber von den Oberappellaten Beschlag gelegt, und sind dieselben in deren Vorrecht für ihre Forderungen an die Gantmasse eingewiesen worden.

Die hiergegen erhobene Beschwerde ist begründet. Die Ehefrau des Gantmannes hat nämlich für Verbindlichkeiten, die sie für die Gütergemeinschaft oder für ihren Mann übernommen, nach L.R.S. 1431 die Rechte eines Bürgen und Entschädigung anzusprechen, für welche ihr der L.R.S. 2135 ein gesetzliches Unterpfandsrecht gewährt, und sie kann nach L.R.S. 2032. 2, wenn der Gläubiger bei Ausbruch der Gant ihres Ehemannes noch nicht bezahlt ist, wider die Gantmasse auf Schadloshaltung klagen, d. h. verlangen, daß sie von der, für das vergantete Vermögen übernommenen Verbindlichkeit befreit werde — und zwar nach Verhältniß der ihrem Vorrecht in 3. Ordnung verhafteten Mittel der Gantmasse.

Zachariä §. 426 Note 11 Bd. II. S. 549.
Jahrb. n. F. XIII. S. 146.

Der in dem vorliegenden Falle eingetretene Umstand, daß auch die Gläubiger selbst, welchen sie haftet, Zahlung ihrer Forderungen aus der Gantmasse verlangt haben, äußert nur die Wirkung, daß diese Gläubiger für das, was sie an der nach Verhältniß ihrer etwaigen Vorrechte ihnen angewiesenen Stelle nicht erhalten, an der bevorzugten Stelle empfangen, welche die Ehefrau kraft ihres gesetzlichen Unterpfandsrechts für den Anspruch auf Schadloshaltung erwirkt hat, so weit dort die Mittel reichen. Dasjenige nämlich, was die Ehefrau zur Schadloshaltung für noch nicht bezahlte Forderungen der Gläubiger ihres Ehemannes, denen sie als Sammt- oder Mitschuldnerin haftet, anzusprechen hat, bildet keine von den Forderungen dieser Gläubiger trennbare, selbstständige, sondern eine mit diesen innig zusammenhängende Forderung der Ehefrau, für welche Letztere ihr Unterpfandsrecht geltend gemacht hat.

Archiv I. S. 146 §. 8.
Marcadé ad art. 2032 nro. 286 p. 147. III.
Magazin IV. S. 451.
Blätter für Justiz und Verwaltung Band II. S. 477.
Annalen 1852 No. 42. II. S. 332.
1859 No. 10 Ziff. 18 S. 43. 44.

Soweit also der Gläubiger, welchem auch die Ehefrau haftet, an der ihm zukommenden Stelle kraft eigenen Rechts aus der Gantmasse Befriedigung erhält, ist der von der Ehefrau erhobene Anspruch auf Schadloshaltung beseitigt; denn dem hiebei verfolgten Zwecke ist durch die Befriedigung des Gläubigers aus der Gantmasse entsprochen.

Soweit aber der im Ganturtheil anerkannte Schadloshaltungsanspruch der Ehefrau bei dem Vertheilungsbescheid berücksichtigt werden muß, weil der betreffende Gläubiger kraft seines Rechts keine oder nicht vollständige Befriedigung aus der Gantmasse erhalten hat, so kann jener Anspruch, der Natur der Sache nach, nur so aufgefaßt und zum Vollzug gebracht werden, daß die Ehefrau von ihrer Zahlungsverbindlichkeit durch Befriedigung des Gläubigers an ihrer, durch Fürsorge des Gesetzes bevorzugten, Stelle befreit wird.

Hiernach sind der Ehefrau des Gantmannes Franz Zimmermann nicht etwa eigene, neben den Forderungen der betreffenden Gläubiger selbstständig bestehende, Forderungen zum Ersatz ihrer für die Gemeinschaft oder den Ehemann mitübernommenen Verbindlichkeiten im Ganturtheil zuerkannt, wodurch die Gläubiger, denen sie mithaftet und an deren Befriedigung aus der Gantmasse sie mithin ein wesentliches Interesse hat, zurückgedrängt und beeinträchtigt würden. Ebensowenig dürfen andere Gläubiger der Ehefrau beliebig auf solche Ersatzansprüche derselben greifen, um sich daraus unter Ausschluß derjenigen Gläubiger bezahlt zu machen, deren Befriedigung aus den, der Ehefrau hierfür zugetheilten Mitteln der Gantmasse bewirkt werden soll; vielmehr kann das Ganturtheil, soweit es den Ersatzansprüchen der Ehefrau für übernommene Schulden stattgibt, gesetzgemäß nur den Sinn haben, daß die von Ersterer bezeichneten einzelnen Gläubiger, welche an der ihnen im Ganturtheil angewiesenen Stelle keine oder keine vollständige Befriedigung erhalten, zum Zweck der Befreiung der Ehefrau die zu ihrer Befriedigung nöthigen und an der besseren Stelle vorhandenen Mittel erhalten, welche der Ehefrau kraft ihres gesetzlichen Unterpfandsrechts für ihren Schadlos-

Digitized by Google

haltungsanspruch bezüglich der betreffenden einzelnen Forderung im Ganturtheil angewiesen ist.

Die Rechte des Oberappellanten sind also nicht schon durch das Ganturtheil, sondern erst dadurch beeinträchtigt worden, daß bei Vertheilung der Masse Gläubiger, die im Ganturtheil dem Oberappellanten nachgesetzt sind, mit ihren Forderungen an der der Ehefrau zugewiesenen Stelle in Folge eines Beschlags zur Befriedigung kommen sollen, den sie auf das eventuelle Guthaben der Ehefrau an die Gantmasse erwirkt haben.

Von einem Guthaben der Ehefrau an die Gantmasse kann aber nur in soweit die Rede sein, als sie selbst Ersatz für veräußertes Vermögen nach dem Ganturtheil zu erhalten hat.

Dem Anspruche des Oberappellanten auf die zu seiner Befriedigung in Folge der Liquidation seiner Schuldnerin bestimmten Mittel steht hiernach die Rechtskraft des Ganturtheils nicht entgegen.

Der Vertheilungsbescheid dagegen entspricht in der That dem Ganturtheil nicht und ist insofern unrichtig, als dem Beschlag der Oberappellaten auch bezüglich der Ersatzansprüche der Ehefrau für übernommene Schulden Folge gegeben ist und dem zufolge jenen, im Ganturtheil dem Oberappellanten nachgesetzten Gläubigern theils solche Ersatzbeträge zugewiesen sind, welche von der Ehefrau selbst nicht in Anspruch genommen werden können, weil diejenigen Gläubiger, auf deren Forderungen sie sich beziehen, vollständige Befriedigung erhalten haben, theils derjenige Ersatzbetrag, welcher lediglich zur Befriedigung des, ihnen im Ganturtheil vorgesetzten, Oberappellanten bestimmt ist.

Hiernach erscheint die Erinnerung desselben gegen den Vertheilungsbescheid und das ihr entsprechende Erkenntniß des Gantgerichts als gerechtfertigt, somit die Beschwerde gegen das Urtheil II. Instanz als gegründet, weßhalb dieses aufzuheben und jenes wieder herzustellen war ꝛc.

Red.

31.

Zur neuen Taxordnung.

Die Gebühren für das Verfahren über Anträge auf fürsorgliche Maßregeln bei Ehescheidungsprozessen sind nach §. 4 Ziff. 1 der Tax.O. zu berechnen.

Bei der Civilkammer des großh. Kreis und Hofgerichts Mannheim war, gelegentlich einer Klage auf Ehescheidung, in besonderer Eingabe ein Antrag auf Anordnung fürsorglicher Maßregeln, L.R.S 267 ff. §. 1048 der Pr.O. gestellt worden. Diesem Antrage wurde von dem Gerichtshofe entsprochen.

In der nach §. 1036 der Pr.O. anberaumten Tagfahrt kam zwischen den streitenden Theilen eine Versöhnung zu Stande.

Der klägerische Anwalt reichte hierauf die Kostendecreturbitte ein, und stellte den Antrag, seine in dem Verfahren „fürsorgliche Maßregeln betr." entstandenen Gebühren, im Hinblick auf §. 4 Ziff. 1 §. 11 Abs. 2 der neuen Taxordnung mit Zugrundelegung einer halben Bauschsumme zu decretiren.

Mit Erlaß vom 9. Januar 1869, No. 61, wurde jedoch von dem Gerichtshof unter Hinweisung auf §. 2 Ziff. 5 und §. 16 der Taxordnung nur die Einzelgebühr des §. 16 Ziff. 1 genehmigt.

Die hiegegen von dem klägerischen Anwalt ergriffene Beschwerde wurde durch Erlaß des Appellationssenats vom 18. Februar d. J., No. 1143, für begründet erklärt:

„da der Antrag auf Erlassung der fürsorglichen Maßregeln während der Dauer eines Ehescheidungsprozesses auf Grund der L.R.S.S. 267 ff. als ein besonderer Rechtsstreit, in welchem die Hauptsache nicht verhandelt wird, gemäß §. 4 Abs. 1 der Taxordnung vom 8. Mai 1867 zu betrachten ist. Wenn die Beantragung dieser Maßregeln auch niemals Gegenstand eines selbstständigen Rechtsstreits werden kann, so hat sie doch denselben Charakter, wie der Antrag auf Erlassung einer provisorischen Verfügung im Titel XXIX. der Pr.O. und die Verhandlungen darüber können ebensogut, wie bei dieser, einen größern Umfang annehmen und in die höhere Instanz gebracht werden. Es liegt deßhalb kein Grund vor, die Bestimmungen des §. 4 Abs. 1 der Taxordnung hier nicht zur Anwendung zu bringen und nur die Einzelgebühr des §. 2 Ziff. 5 und §. 16 zu genehmigen."

X.

32.

Anstände gegen die Eidesformel sind stets vor der Eidesleistung zu bereinigen.

Durch Veränderung der Bezeichnung von, zu Gewissensscrupeln Anlaß gebenden, Nebenpunkten der

Digitized by Google

Eidesformel wird namentlich bei Notheiden nicht gegen §. 1098 der Pr.O. verstoßen.

In Sachen

mehrerer Gläubiger gegen die Gantmasse des Kronenwirths Johann Kieninger in Mönchweiler, hier insbesondere der Ehefrau des Kronenwirths Johann Kieninger, Liquidantin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

die Gantmasse ihres Ehemanns und Theodor Hug von Lahr, Appellaten, erstere Oberappellantin,

Forderung und Pfandrecht betr.,

war der cridarischen Ehefrau in II. Instanz zur Ergänzung des ihr auferlegten Beweises über den Bestand des von ihr in die Ehe eingebrachten Sondervermögens im Sinne des L.R.S. 1536, sowie über die Thatsache der Uebertragung der Verwaltung jenes Vermögens an ihren Ehemann, ein Notheid auferlegt worden.

Als Zeitpunkt jener Uebertragung der Vermögensverwaltung war vom Anwalt der cridarischen Ehefrau der Tag ihres Eheschlusses mit dem Gantmann bezeichnet und hierauf auch die Eidesformel gestellt worden.

Die Ehefrau nahm aber Anstand, den Eid in jener Formel zu schwören, weil jene Uebertragung nicht erst am Tage des Eheabschlusses, sondern schon einige Zeit vorher stattgefunden habe und diesem Anstande hat der Appellationssenat des großh. Kreis und Hofgerichts Konstanz durch Aenderung der Eidesformel nach jener Berichtigung Rechnung getragen, davon ausgehend, daß diese Form des Eides in keinem erheblichen Punkte von der urtheilsmäßigen Form abweiche, auch das Urtheil in materieller Beziehung dadurch nicht geändert werde.

Die hierauf von der Gantmasse des Johann Kieninger von Mönchweiler und von Theodor Hug in Lahr gegen diese Verfügung des Appellationssenats vom 16. April d. J., No. 3965, erhobene Einsprache wurde von ihm am 3. Juli 1868 unter Verfällung der Einsprachskläger in die Kosten als unbegründet verworfen, und dieses Erkenntniß wurde auf die von der Gantmasse hiergegen ergriffene Oberappellation am 19. Januar 1869 von großh. Oberhofgerichte unter Verfällung der Gantmasse in die Kosten des Rechtszuges bestätigt.

Entscheidungsgründe:

Die Beschwerde des oberappellantischen Theils gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz vom 3. Juli v. J., wodurch dessen Einsprache gegen die zu Gunsten der cridarischen Ehefrau bewirkte Aenderung der Formel eines ihr durch Urtheil auferlegten Notheides verworfen wurde — muß — ungeachtet der Rechtskraft jenes Urtheils — für zulässig erachtet werden, denn es liegt im Geiste unserer Gesetzgebung, daß jeder Streit und Zweifel über die Rechtmäßigkeit und Erheblichkeit der Eidesformel beseitigt sei, ehe es zur Eidesleistung kommt, auch erreicht im vorwürfigen Falle der Streitgegenstand die Oberberufungssumme §. 1102. 1151 der Pr.O.

Die erhobene Beschwerde ist dagegen nicht begründet.

Die Bedeutung und Tragweite eines Urtheils muß im Zusammenhange mit den dasselbe erläuternden Entscheidungsgründen aufgefaßt werden. Hiernach ist es aber im vorliegenden Falle unzweifelhaft, daß der erkennende Gerichtshof auf den im Urtheil bezeichneten Tag der Uebergabe der Vermögensverwaltung von Seiten der cridarischen Ehefrau an ihren Ehemann keinerlei Gewicht gelegt, dagegen lediglich die Thatsache der Uebergabe der Vermögensverwaltung als entscheidend betrachtet und sich nur Behufs völliger Feststellung dieser Thatsache zu Auferlegung des Notheides veranlaßt gesehen hat.

Durch die Substituirung einer andern, von der ersteren nur um wenige Tage verschiedenen, Zeitbestimmung wird daher keine Bestimmung des Urtheils im Sinne des §. 1098 der Pr.O., nämlich keine erhebliche Bestimmung desselben geändert; dieselbe erscheint vielmehr unter dem Gesichtspunkte einer, auch in jener Gesetzesstelle für zulässig erkannten Verbesserung im Sinne des §. 1094 der Pr.O.

Die vom Appellations-Senat beliebte Modifikation der Eidesformel ist hier um so weniger zu beanstanden, als §. 1098 überhaupt auf Urtheile, wodurch auf Eid erkannt wird, nicht unbedingt Anwendung findet, wie sich aus den §§. 549. 562. 563 der Pr.O. ergibt, und dies vorzugsweise gelten muß, wo es sich nicht um einen, durch den übereinstimmenden Willen der Parteien festgestellten Haupteid, sondern um einen vom Richter auferlegten Notheid handelt, bezüglich dessen Fassung dem Richter ein freieres Ermessen gestattet ist, vergl. Seuffert, Archiv Band XVII. S. 261. Red.

Digitized by Google

33.

Der Staatsvertrag zwiſchen Baden und Frankreich vom 16. April 1846 (Reggsbl. No. 24) ſichert nur denjenigen Urtheilen die Vollſtreckung, welche von Gerichten erlaſſen ſind, deren Zuſtändigkeit ſich auf einen der im Art. 2 genannten Zuſtändigkeitsgründe ſtützt.

Art. 2 Ziff. 5 dieſes Staatsvertrags bezieht ſich nur auf den zum Vertragsvollzug gewählten Wohnſitz im Sinne des L.R.S. 111.

Die Ziffern 1. 2. 3 des §. 847 der Pr.O. finden, ſoferne ein Staatsvertrag über die Vollſtreckbarkeit eines ausländiſchen Urtheils Maaß gibt, ſelbſt dann keine Anwendung, wenn ſie dem Vollſtreckungsgeſuche günſtiger ſind, als der betreffende Staatsvertrag.

Vorſtehende Sätze wurden J. S. des Moſes Ettling zu Metz gegen D. Frank Söhne in Mannheim von großh. Oberhofgerichte ausgeſprochen. Die Entſcheidungsgründe zu dem in dieſer Sache erlaſſenen Urtheil gedachten Gerichtshofs lauten wie folgt:

Der Kläger ſtellte auf Grund des zwiſchen Baden und Frankreich unter dem 16. April 1846 über die wechſelſeitige Vollſtreckbarkeit der Urtheile in bürgerlichen Rechtsſachen abgeſchloſſenen Staatsvertrages (Reggsbl. 1846 No. 24) an den Appellationsſenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim den Antrag, das zu ſeinen Gunſten gegen den Beklagten im zweiten Rechtszuge ergangene Urtheil des kaiſerl. franz. Gerichtshofes zu Metz vom 19. November 1867 durch Beifatzbefehl für vollziehbar zu erklären.

Der Appellationsſenat verwarf dieſen Antrag. Kläger beſchwerte ſich darüber im Wege der Berufung an den oberſten Gerichtshof.

Seine Beſchwerde erſcheint indeſſen als unbegründet.

Der Art. 1 gedachten Staatsvertrags ſagt: „Urtheile, welche von den zuſtändigen Gerichten des einen Staates in bürgerlichen Rechtsſachen, mit Einſchluß der Handelsſachen, erlaſſen ſind, begründen in dem andern Staate ein richterliches Unterpfand und werden überdies, nachdem ſie die Rechtskraft beſchritten haben, vollziehbar, vorausgeſetzt, daß die Betheiligten den im Art. 3 enthaltenen Beſtimmungen genügen.“

Der Art. 2 ſagt weiter: „Als vom zuſtändigen Gerichte erlaſſen, werden die Urtheile von beiden Staaten gegenſeitig alsdann anerkannt, wenn die Zuſtändigkeit des urtheilenden Gerichts darauf beruht: 1) daß der Beklagte im Bezirke deſſelben ſeinen Wohnſitz oder Aufenthalt hatte, oder wenn es 2) als Gericht der gelegenen Sache erkannte, oder 3) als das Gericht, in deſſen Bezirk eine Erbſchaft eröffnet iſt, oder 4) als Gericht des Bezirkes, in welchem eine Geſellſchaft ihre Niederlaſſung hat, bei Streitigkeiten der Geſellſchafter unter ſich, oder Klagen Dritter gegen die Geſellſchaft; endlich 5) als das Gericht des Ortes, welchen die Parteien zum Wohnſitze für den Vollzug eines Vertrages erwählt haben.“

Aus dem Wortlaute dieſer Stellen des Staatsvertrags ergibt ſich mit voller Klarheit, daß derſelbe nur denjenigen Urtheilen der Gerichte des einen Staates die Vollſtreckung in dem andern Staate ſichern ſollte, welche von Gerichten, deren Zuſtändigkeit ſich auf einen der im Art. 2 aufgezählten Zuſtändigkeitsgründe ſtützt, erlaſſen wurden.*) Es hat dieſe Beſtimmung, welche ſich auch in anderweitigen Staatsverträgen findet, den Zweck, mittelſt vertragsmäßiger Feſtſtellung der Gerichtsſtände, deren in dem einen Staate erlaſſene Urtheile in dem andern Staate vollziehbar ſein ſollen, die Nothwendigkeit eines Eingehens auf die Geſetzgebung des einen oder anderen Staates über die Gerichtszuſtändigkeit zu beſeitigen, zugleich auch durch jene Feſtſtellung auszuſchließen, daß nicht für Urtheile ſolcher durch die Geſetzgebung des einen Staates eingeführter Gerichtsſtände in dem andern Staate Vollſtreckbarkeit in Anſpruch genommen werde, welche der letztere Staat als in den Bereich ſeiner eigenen Gerichtsbarkeit eingreifend betrachten könnte und müßte, und endlich Ungleichheiten zu vermeiden, welche ſonſt bei der Verſchiedenheit der Geſetzgebung der beiden vertragſchließenden Staaten über die Gerichtsſtände zu Tage treten würden.

Prüft man nun, wie es dem Bisherigen zufolge geſchehen muß, ob ſich im vorliegenden Falle die Zuſtän-

---

*) Es war behauptet worden, die Zuſtändigkeit der Gerichte im Sinne des Art 1 des Staatsvertrags ſei lediglich nach dem Prozeßrechte des Landes, in welchem das zu vollſtreckende Erkenntniß erlaſſen worden, zu beurtheilen, und der Art. 2 enthalte nur Beiſpiele desjenigen, was der Art. 1 unter dem „zuſtändigen Gerichte“ verſtehe. Vrgl. hiegegen ſowie im Allg. Bar, internat. Privatrecht und Strafr. §. 118 S. 426 u. ff., §. 119 S. 431 und ff., §. 126 S. 484 u. ff. D. E.

Digitized by Google

digkeit der französischen Gerichte auf einen der im Art. 2 des Staatsvertrages unter Ziff. 1—5 aufgezählten Zuständigkeitsgründe stützen lasse, so gelangt man zu dem Ergebnisse, daß dies nicht der Fall sei.

Von einer Anwendbarkeit der Ziff. 1—4 kann bei Sachlage selbstverständlich nicht die Rede sein und es ist demzufolge klägerischer Seits auch nur die Anwendbarkeit der Ziff. 5 behauptet worden. Aber auch diese Stelle des Vertrages ist hierher nicht zu beziehen. Sie spricht nämlich von dem „Gerichte des Ortes, welchen die Parteien zum Wohnsitze für den Vollzug eines Vertrages gewählt haben (der französische Text sagt: Sera réputé compétent: 5) Le tribunal dans l'arrondissement duquel les parties ont élu domicile pour l'exécution d'un acte) und hat, wie schon der Wortlaut zeigt, offenbar den Fall eines zur Vollziehung eines Vertrages erwählten Wohnsitzes im Sinne des L.R.S. 111 und des C. civ. art. 111 im Auge, während hier eine solche Wohnsitznahme nicht behauptet werden konnte. Mochte auch der zwischen beiden Theilen abgeschlossene Vertrag, auf dessen Grund hin die französischen Gerichte zweier Rechtszüge den Beklagten verurtheilten, im Bezirke jener Gerichte zu erfüllen sein; so genügt dieser Umstand noch nicht, um eine Wohnsitzwahl im Sinne der angeführten Gesetzesstellen als vorhanden anzunehmen. Vergl. Pr.O. §. 31. (Auch diese Gesetzesstelle unterscheidet zwei Arten des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes, nämlich den Gerichtsstand des Ortes, wo der Vertrag nach Uebereinkunft der Parteien oder nach dem Gesetze vom Beklagten zu erfüllen und den des Ortes, wo der Wohnsitz im Sinne des L.R.S. 111 gewählt worden ist.)*) Die Thatsachen, daß sich der beklagte Theil vor den französischen Gerichten vertreten ließ, daß er gegen ein ihm ungünstiges Urtheil des ersten Rechtszuges Berufung einlegte, vermögen eine Entscheidung gegen denselben nicht zu begründen.

Sie fassen selbstverständlich an und für sich keine Wohnsitzwahl im Sinne des Art. 2 Ziff. 5 des Staatsvertrages in sich und es läßt sich überdies nicht entfernt aus ihnen eine freiwillige Unterwerfung des beklagten Theiles unter die Gerichtsbarkeit der französischen Gerichte ableiten. Letztrer mochte sich, nachdem einmal Seitens der französischen Gerichte ein Verfahren gegen ihn eröffnet war, durch die Möglichkeit ihm etwa daraus erwachsender Nachtheile in die Nothwendigkeit versetzt erachtet haben, alles Dasjenige, was zur Fernehaltung ihm ungünstiger Bescheide jener Gerichte geeignet erschien, vorzukehren. Wenn aus den klägerischer Seits vorgelegten Urkunden über die Verhandlungen vor den französischen Gerichten nicht ersichtlich ist, daß der beklagte Theil die Einrede der Unzuständigkeit dieser Gerichte vorgeschützt habe; so ist auch dieser Umstand keineswegs geeignet, eine freiwillige Unterwerfung jenes Theiles unter die französische Gerichtsbarkeit darzuthun, da man sich zur Unterlassung eines solchen Verbringens durch die Ansicht, daß dasselbe nach dem Stande der französischen Gesetzgebung (vergl. C. civ. art. 14)*) erfolglos sein werde, bewogen finden konnte und mußte.

Der Umstand, daß der beklagte Theil im Laufe des Verfahrens vor den französischen Gerichten mehrfach in Frankreich Wohnsitz nahm, ist nicht erheblich, da diese Wohnsitznahme offenbar jeweils nur in Folge von Vorschriften des französischen Prozeßrechtes zu Zwecken der Prozeßführung, namentlich behufs der Empfangnahme der Zustellungen geschah.**)

Im gegenwärtigen Rechtszuge stützte man klägerischer Seits das Gesuch um Vollstreckbarkeitserklärung des Urtheiles des kaiserl. Gerichtshofes zu Metz vom 19. November 1867 in zweiter Reihe auch noch auf §. 847 Ziff. 3 der Pr.O. und stellte im Hinblicke auf diese Gesetzesstelle den Antrag, entweder diesseits nach Vorladung der Parteien die Vollstreckbarkeit auszusprechen

*) Die Praxis des internationalen Rechts begünstigt, wie viele Staatsverträge ergeben, das forum contractus in Bezug auf die Vollstreckbarkeit der von ihm erlassenen Urtheile im Auslande nicht. Bar a. a. O. S. 486. 487. Vrgl. §. 43 der Pr.O. von 1851. Staatsvertrag mit Würtemberg vom 30. Dezbr. 1825 (Reggsbl. No. 32) Art. 15. Verordn. vom 3. Juni 1853 den Vollzug kurhessischer Urtheile betr. (Reggsbl. No. 22). Die Uebereinkunft mit dem Königr. Sachsen vom 19. Juli 1855 (Reggsbl. No. 28) Art. 20. Gesetzentwurf, die in den deutschen Bundesstaaten in b. Rechtsstreitigkeiten zu gewährende Rechtshilfe betr. §. 6. S. jedoch auch die Bestimmungen über die Vollstreckung braunschw. und österreichischer Urtheile. Reggsbl. 1850, No. 50 und Reggsbl. 1856, No. 26.
D. E.

*) Bekanntlich in Baden durch Verordn. vom 10. Febr. 1815, Reggsbl. No. 2, aufgehoben. S. Zachariä fr. C.R. IV. §. 748. Aubry et Rau cours VI. §. 748 bis. Vrgl. P.O. §. 61.
D. E.

**) Code de procéd. Art. 435. 559. 584. 634. 637. 673. 783. 789. 927. Vrgl. Schlunck, Comm. über die fr. Civilprozeßordnung. I. §. 229 S. 552.
D. E.

Digitized by Google

oder doch unter Aufhebung des angefochteren Beschlusses des Appellationssenats diesen anzuweisen, die Parteien vorzuladen und sodann zu verfügen, was Rechtens sei. Diesem Vorbringen steht indessen — selbst abgesehen von dem formellen Grunde, daß dasselbe im zweiten Rechtszuge nicht mehr als zulässig erscheint, vergl. Pr.O. §. 1138 [3.5] — mit entscheidender Kraft die Eingangsbestimmung des §. 847 der Pr.O. entgegen, der zufolge die Vorschriften der Ziffern 1. 2. 3 desselben Paragraphen stets nur dann zur Anwendung gelangen können, wenn ein über die Vollstreckung der Urtheile der betreffenden ausländischen Gerichte maaßgebender Staatsvertrag nicht vorhanden ist, mithin, soferne ein solcher Staatsvertrag vorliegt, dieser und nur dieser zur Anwendung zu kommen hat. Es kann der eben dargelegten Anschauung mit Grund nicht entgegengehalten werden, daß man da, wo das Landesgesetz entscheide, der Hülfe des Staatsvertrags nicht bedürfe, und daß Staatsverträge über die Vollstreckung ausländischer Urtheile stets nur so auszulegen und anzuwenden seien, daß durch sie eine Erweiterung, niemals aber eine Beschränkung der nach der Landesgesetzgebung eintretenden Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile eintrete. Es steht nämlich jener Anschauung der klare Wortlaut des Gesetzes zur Seite und mangelt den eben angeführten Gegengründen auch die innere Berechtigung, indem es unter Umständen mit Rücksicht auf das Prinzip der Reciprocität angemessen erscheinen kann, daß im Verhältnisse zu einem gewissen Staate die Vollstreckbarkeit der Urtheile im Wege von Staatsverträgen der Landesgesetzgebung gegenüber beschränkt werde, somit das Landesrecht in dieser Beziehung nur subsidiäre Geltung hat.

Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht des §. 169 der Pr.O. wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden. Roßhirt.

34.

Wenn die Gemeinde, zu deren Gunsten Faselvieh von einem Dritten gehalten werden mußte, solches selbst auch noch gehalten hat, so kann der Pflichtige zur Bestimmung des Betrags der von ihm zu zahlenden Ablösungssumme auf die urkundlichen Nachweisungen der von der berechtigten Gemeinde in den Normaljahren für die Haltung ihres Faselviehs bestrittenen Auslagen sich berufen.

§§. 3. 12 des Ges. vom 3. August 1837 (Rggbl. No. 29 S. 206 ff.)

In Sachen
der Gemeinde Hügelheim, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin
gegen
I. Altbürgermeister Marget von da,
II. die Erben des Johann Kallmann von Müllheim, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,
Ablösung einer Faselviehlast betr.

Auf dem Erblehengut der Beklagten, Altbürgermeister Marget von Hügelheim und der Erben des Johann Kallmann von Müllheim, ruht zu Gunsten der Gemeinde Hügelheim die Last, einen Rindsfasel zu halten.

Die berechtigte Gemeinde und die verpflichteten Gutsbesitzer hatten sich darüber, daß diese Last abzulösen sei, nicht aber über den Betrag der Ablösungssumme geeinigt.

Die Gemeinde forderte in der erhobenen Klage eine Ablösungssumme von 2485 fl., wogegen die Beklagten nur 875 fl. berechnet und bewilligt haben.

Auch über die Art und Weise, wie der Betrag der Ablösungssumme gefunden und festgestellt werden soll, waren die Parteien nicht einig. Während nämlich die klagende Gemeinde sich auf ein Gutachten von Sachverständigen berief, bezogen sich die Beklagten auf die Gemeinderechnungen, woraus sich ergebe, daß die klagende Gemeinde für weiteres Faselvieh, welches diese selbst noch gehalten, mehr nicht als 60 fl. für das Jahr per Stück im Durchschnitt aufgewendet habe.

In erster Instanz war auf Grund dieses urkundlichen Nachweises die Ablösungssumme auf 1200 fl. festgesetzt, in zweiter Instanz aber ist sie in Folge der Appellation der klagenden Gemeinde auf Grund eines von Sachverständigen erhobenen Gutachtens auf 1784 fl. 40 kr. erhöht worden.

Hierdurch erachteten sich die Beklagten für beschwert und dem großh. Oberhofgericht erschienen ihre Beschwerden als begründet. Es sprach nämlich durch Urtheil vom 13. Februar 1869 aus:

Digitized by Google

„das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 4. Juni 1868, No. 1804, sei aufzuheben und das des großh. Kreisgerichts Lörrach, Civilkammer, vom 7. November 1867, No. 3754, unter Verfällung der Klägerin in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges wiederherzustellen."

Entscheidungsgründe:

Nach §. 3 des Gesetzes vom 3. August 1837 (Regierungsblatt No. 29 S. 206 ff.) geht durch die Ablösung die Pflicht auf die Gemeinde über, das für ihren Viehstand nöthige Faselvieh zu halten. Der Ertrag des Ablösungskapitals, welches sie von den bisher Belasteten erhält, soll zur Bestreitung des auf sie übergehenden Aufwands dienen. §. 12 des Gesetzes.

Den Maaßstab für diesen Aufwand geben nach §. 6 des Gesetzes die der Aufkündigung vorausgegangenen 15 Jahre, hier, wo die Aufkündigung im Jahre 1866 erfolgte, die Jahre 1851—1865 incl. Nach eben diesem Paragraphen soll — entsprechend den §§. 28 ff. des Zehntablösungsgesetzes — der in diesen Jahren bestrittene Aufwand in erster Reihe aus Rechnungen, Pachtkontrakten oder sonstigen urkundlichen Nachweisungen ermittelt werden und nur so weit es an solchen mangelt oder dieselben ungenügend oder unzuverlässig erscheinen, durch Schätzung. Das Gesetz gibt hiernach der Nachweisung der wirklich bestrittenen Auslagen aus nahe liegenden Gründen den Vorzug vor einer durch Wahrscheinlichkeitsberechnung gefundenen Summe. Allerdings wird in der Regel dieser Nachweis auf den von dem Pflichtigen selbst bestrittenen Aufwand sich beziehen und nur auf diesen sich beziehen können; wo aber ausnahmsweise, wie hier, der Gemeinde, von welcher die Last übernommen wird, die Summe nachgewiesen werden kann, welche sie selbst in den Normaljahren für Haltung eines Faselstiers ausgelegt hat, da darf mit Grund angenommen werden, daß sie mit derselben Summe auch die bis dahin von Dritten getragene Last der Faselviehhaltung bestreiten könne, sie muß daher ihre bisherige Auslage auch als Maaßstab für die durch die übernommene Last ihr künftig erwachsenden Auslagen gegen sich gelten lassen.

Diese der Absicht des Gesetzgebers entsprechende Auslegung des Gesetzes ist bei seiner allgemeinen Fassung, welche der Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falls Raum läßt, nicht ausgeschlossen. Auch stehen ihr die verwandten Bestimmungen des §. 28 ff. des Zehntablösungsgesetzes nicht entgegen; denn bei Nachweisen von Einnahmen kommen natürlich nur solche in Betracht, welche der Berechtigte selbst — nicht Andere — gemacht haben.

Die klagende Gemeinde hat zwar einen Verzicht der Beklagten auf Benützung urkundlicher Nachweisungen darin finden wollen, daß der Anwalt der Beklagten bei dem großh. Kreisgerichte Lörrach in der Tagfahrt vom 10. October 1867 an der Erwählung von Sachverständigen sich betheiligt hat; allein durch diese fürsorgliche Handlung hat er den Rechten seiner Partie weder etwas vergeben wollen, noch können.

Ferner hat die klagende Gemeinde die Erheblichkeit des Inhalts ihrer Rechnungen durch verschiedene Einstreuungen abzuschwächen versucht; allein auf richterliche Würdigung haben selbstverständlich nur solche Beanstandungen Anspruch, welche thatsächlich begründet sind, und da die bisher berechtigte Gemeinde es ist, welche das Ablösungskapital fordert, so kommt es ihr nach der Rechtsähnlichkeit des §. 60 des Zehntablösungsgesetzes zu, etwaige Lücken der gegen sie angerufenen Nachweisungen darzulegen.

Der Einwand aber, daß die jährliche Auslage keine Durchschnittsberechnung zulasse, weil der Aufwand bei der Verschiedenartigkeit der von der Gemeinde gehaltenen Faselstiere für Beide nicht gleich gewesen sei, ist dadurch widerlegt, daß nicht nur in den Jahren, wo jeweils nur ein Stier von ihr gehalten wurde, die Hälfte des in andern Jahren für zwei Stiere verausgabten Aufwandes als aufgerechnet erscheint, sondern auch im Jahr 1865 den beiden Pächtern Jedem die gleiche Summe von 70 fl. bezahlt worden ist.

Hiernach mußte, wie geschehen, erkannt und nach Ansicht des §. 170 vergl. mit Abs. 2 des §. 70 des Zehntablösungsgesetzes — der klagenden Gemeinde die Verbindlichkeit, die Kosten der II. und III. Instanz zu tragen, zugeschieden werden. Red.

35.

Zur Strafrechtspflege.

XXII.

Fall der Freisprechung von Angeklagten durch den Schwurgerichtshof auf Grund unrichtiger Gesetzesauslegung.

Digitized by Google

1) Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes in ſolchem Falle nach Str.P.O. §. 375 Ziff. 2 und §. 373 Ziff. 7, nicht ausgeſchloſſen durch §. 375 Ziff. 1 in Vergleichung mit §. 373 Ziff. 2 und 3.

2) Für die gerichtliche Verfolgung des Hausdiebſtahls entſcheidet die vom Dienſt- oder Hausherrn bewirkte Anzeige, ohne Rückſicht auf etwa entgegenſtehende Privatvereinbarung. Str.G.B. §. 391—393. Die Vorſchrift des Str.G.B. §. 394 gilt nicht für den Hausdiebſtahl.

Durch Beſchluß der hieſigen Raths- und Anklagekammer vom 15. Oktober 1868 wurde Johann Schäfer von Buchen wegen eines beträchtlichen Geldiebſtahles (zum Nachtheil ſeines Dienſtherrn) und Franz Joſeph Schäfer mit drei weiteren Angeſchuldigten wegen Beihilfe zu dieſem Verbrechen vor das Schwurgericht dahier verwieſen. Auf Grund der Anklageſchrift wurde die Hauptverhandlung in der Sache auf den 14. Dezember 1868 feſtgeſetzt. Die Verhandlung fand dann auch Statt, auf die Beweiserhebung folgte die Begründung der Anklage und die Vertheidigung. Bei der Letzteren beantragte jedoch der Vertheidiger der Mitangeklagten des Johann Schäfer, es möge der Schwurgerichtshof, da ein Hausdiebſtahl (Str.G.B. §. 391) in Frage ſei, zuvor mit Ausſetzung jeder weiteren Verhandlung darüber erkennen, ob eine gültige Anzeige des Verletzten vorliege, und ob nicht vielmehr durch den bei den Akten liegenden Abfindungsvertrag das Recht der Anzeige erloſchen, mithin die Anzeige wirkungslos ſei.

Ein ſolcher Abfindungsvertrag vom 26. Juli 1868, abgeſchloſſen zwiſchen dem Verletzten mit Actuar N., Schwager des Angeklagten Johann Schäfer[1]), befand ſich allerdings bei den Akten. Der Erſtere (der Dienſtherr) hatte jedoch, ungeachtet dieſes Vertrags, der von ihm ſelbſt mit erläuternder Erklärung über ſein Zuſtandekommen bei ſeiner erſten gerichtlichen Vernehmung (am 30. Juli) übergeben wurde, ſchon am 29. Juli bei der Staatsanwaltſchaft in beſtimmter und unzweideutiger Weiſe die Anzeige von dem Verbrechen gemacht, um die gerichtliche Verfolgung des Johann Schäfer und ſeiner Genoſſen herbeizuführen.

Der Schwurgerichtshof ging auf den erwähnten Antrag ein und ſprach, ohne Erhebung eines Wahrſpruches, wegen Mangels einer wirkſamen Anzeige des Verletzten durch Urtheil aus, die Angeklagten Johann Schäfer von Buchen, Franz Joſeph Schäfer u. ſ. w. ſeien von der Anklage des Diebſtahls, beziehungsweiſe der Beihilfe zu demſelben, ſowie von den Koſten freizuſprechen.

Es ging der Gerichtshof hiebei vond er — unſeres Erachtens ſehr bedenklichen, ſowohl nach allgemeinen Grundſätzen, als auch insbeſondere jedenfalls nach badiſchem Strafrecht zu verwerfenden Anſchauung aus, daß der Anzeigeberechtigte, ſich ganz „in der freien Verfügung über das Verbrechen und die gerichtliche Verfolgung deſſelben“ befinde, ein ſolcher Abfindungsvertrag daher auch der Strafgerichtsbehörde gegenüber bindend und ſchlechthin maaßgebend ſei.

Die Staatsanwaltſchaft ſäumte nicht, gegen das obige Urtheil das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeſchwerde gemäß Str.P.O. §. 375 Ziff. 2 verglichen mit §. 373 Ziff. 7, wegen unrichtiger Auslegung des Geſetzes zu Gunſten des Angeklagten bei der Urtheilsfällung, geltend zu machen und den Antrag auf Aufhebung des geſetzwidrigen Urtheils und Verweiſung der Sache an ein anderes Gericht zur Verhandlung und Entſcheidung (weil die zu Grunde liegenden Thatſachen noch nicht durch Wahrſpruch feſtgeſtellt erſchienen) zu ſtellen.

Bei der Verhandlung und Beurtheilung der Nichtigkeitsbeſchwerde gab vor Allem die Frage der Zuläſſigkeit des Rechtsmittels, wegen der geſetzlichen Beſchränkung des ſtaatsanwaltlichen Anfechtungsrechtes, zu verſchiedenen Bedenken und Zweifeln Anlaß, die Frage der Begründung bot hiefür weniger Stoff, obwohl auch in dieſer Hinſicht Zweifel angeregt und erörtert wurden.

Der Gerichtshof erkannte aber das Rechtsmittel, ungeachtet der hiergegen erhobenen Einwendungen für zuläſſig und auch für unzweifelhaft begründet[2]), und ſprach daher die beantragte Aufhebung des angefochtenen Urtheils und Verweiſung der Sache an ein

[1]) Dieſer Abfindungsvertrag enthielt unter gewiſſen Vorausſetzungen das Verſprechen, keine gerichtliche Verfolgung herbeiführen zu wollen, übrigens zugleich auch verſchiedene andere Bedingungen.

[2]) In beiden Punkten mit überwiegender Stimmenmehrheit.

Digitized by Google

anderes Gericht aus, indem es von folgenden Gründen ausging:

Hinsichtlich der Vorfrage der Zulässigkeit, die in dieser Sache von vorzüglicher Bedeutung und von grundsätzlicher Wichtigkeit erscheint, kommt nämlich in Betracht:

Daß das Recht der Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes in Vergleichung mit dem Rechte der Nichtigkeitsbeschwerde des verurtheilten Angeklagten zufolge des von der badischen Strafgesetzgebung angenommenen Systems nach Maaßgabe des §. 375 Ziff. 1 und 2 der Str.P.O. ein wesentlich beschränktes ist, kann überall nicht verkannt werden. [3]) Die Fassung des Gesetzes selbst und die Begründung der Regierung (zu §. 371—412 des Entwurfs) sowie der Commissionsbericht der II. Kammer zu Tit. XXV. §. 371—373 der Str.P.O. lassen hierüber keinen Zweifel. Wegen solcher Mängel, die blos den Prozeßgang betreffen, einschließlich auch der in §. 373 Ziff. 1. 2. 5 besonders hervorgehobenen Mängel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens, soll dem Staatsanwalt ein Anfechtungsrecht nicht verstattet sein. Nach Inhalt des angeführten Commissionsberichtes (zu §. 373 g. Ende) ist der Erklärungsgrund für diese gesetzliche Beschränkung darin zu finden, daß man annehmen kann, daß der Staatsanwalt, der, bei der vollen Kenntniß der Sache, überall mitwirkt, schon hinreichend im Stande sei, solche Fehler abzuwenden, wie es denn auch ihm viel leichter sei, als dem Angeklagten, sich von den Verhältnissen, die einen Richter oder Geschworenen zum Richteramt unfähig machten, durch vorgängige amtliche Ermittelungen zum Voraus Kenntniß zu verschaffen. Hiemit stimmt auch Ammann, in seiner Erläuterung der Strafprozeßordnung zu §. 375 vollkommen überein.

Zufolge dieses dem Gesetz zu Grunde liegenden Systems und aus der Bestimmung der Ziff. 2 des §. 373 der Str.P.O. in Vergleichung mit den Bestimmungen der Ziff. 7 eben dieses Paragraphen, sowie mit der Ziff. 1 und 2 des § 375 der Str.P.O., ergibt sich allerdings, daß es dem Staatsanwalt nicht zusteht, auf den Mangel der vorgeschriebenen Anzeige oder der gehörigen Beachtung einer gültigen Zurücknahme der Anzeige seinerseits eine Nichtigkeitsbeschwerde zu gründen. Mehr ist aber aus der Nichtaufnahme der Ziff. 2 des §. 373 in der Bestimmung des §. 375 nicht zu folgern, eine weitergehende Folgerung vermöge des als trügerisch und keineswegs sicher zutreffend anerkannten Schlusses vom Gegentheil (arg. a contrario) erscheint nicht als gerechtfertigt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Gesetzesauslegung ist nach der klaren Fassung des ersten Theils der Ziff. 7 des §. 373 in allen Fällen verstattet, wenn das Gesetz bei der Urtheilsfällung (gegen beziehungsweise für den Angeklagten) unrichtig ausgelegt worden ist. Hierher gehört aber auch der hier in Frage stehende Fall, auf welchen der oben hervorgehobene Gesichtspunkt, aus welchem das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes gesetzlich beschränkt worden ist, augenfällig gar nicht zutreffen würde, da die Staatsanwaltschaft nicht in der Lage war, den durch unrichtige Gesetzesauslegung von Seiten des Schwurgerichtshofes herbeigeführten Mißerfolg der gesetzmäßigen Anklage und Hauptverhandlung abwenden zu können.

Es handelt sich hier auch in der That nicht um einen blosen Mangel im Prozeßgang, sondern um unrichtige Auslegung von Bestimmungen des Strafgesetzbuches, die in Fällen, wie der hier vorliegende, als in unverkennbarem Zusammenhang mit dem sachlichen Strafrecht selbst stehend, nach dem Geiste des geltenden Systems, im Einklang mit dem Wortlaut des §. 373 Ziff. 7 dem Anfechtungsrechte des Staatsanwalts und der Entscheidung des Cassationshofes nicht zu entziehen sind. In diesem Sinne ist auch die von der Vertheidigung angerufene Erläuterung in der bereits angeführten Begründung der Regierung (Ammann, Str.P.O. §. 373 Note 1 S. 255, womit 375 Note 3. 4 zu vergleichen ist) aufzufassen.

Daß es keinen wesentlichen Unterschied begründen kann, wenn hier der Schwurgerichtshof ohne Geschworene sein Urtheil erlassen hat, bedarf keiner weitern Nachweisung. Der hier vorhandene Fall steht im Wesentlichen dem Falle gleich, in welchem Schwurgerichtshof erst nach dem Wahrspruch (gemäß Str.P.O. §. 292) eine bezügliche Entscheidung gegeben hat

Hienach rechtfertigt sich die Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde. [4])

[3]) Vrgl. Annalen Band 31 S. 199. 201, Band 32 S. 206, Band 33 S. 186, Band 34 S. 340.

[4]) Es ist nicht zu verkennen, daß hinsichtlich der Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Ergreifung des bezüglichen Rechtsmittels von Seiten des Staatsanwaltes nach badischem Recht Bedenken Raum finden können. Die wörtliche Fassung des §. 375 Ziff. 1 in Vergleichung mit §. 373 Ziff. 2. 3 der Str.P.O., sowie

Digitized by Google

Hinsichtlich der Frage der Begründung der Beschwerde kommt in Betracht:

Der Haus- oder Gesindediebstahl gehört nach Str.G.B. §. 391 zu denjenigen Verbrechen, die nur auf Anzeige des Verletzten, hier des Haus- oder Dienstherrn, untersucht und bestraft werden. Eine Zurücknahme der Anzeige nach einmal vor der Strafgerichtsbehörde in gehöriger Form kundgegebenem Begehren der gerichtlichen Einschreitung steht dem Anzeigeberechtigten nicht zu, sofern nicht das Gesetz für bestimmte Fälle ausnahmsweise die spätere Zurücknahme gestattet.

Vergl. Anmerkungen der Gesetzgebung zu Titel IX. des Entwurfes des Str.G.B.
Ammann, Str.P.O. §. 2 Note 1. 2 und 7.
Begründung der Regierung zur neuen Str.P.O., allgemeine Bemerkungen I. Ziff. 2 und Ziff. 3 am Schlusse.

Aus der Bestimmung des Str.G.B. §. 394, worin nur die §§. 389 und 390 mit Ausschluß des §. 390, welcher zwar ursprünglich im Entwurfe mit aufgenommen war, aber nach Vorschlag der Commission der II. Kammer entfernt wurde[5]), angeführt sind, ergibt sich unzweifelhaft, daß bei dem Haus- und Gesindediebstahl eine spätere Zurücknahme der gemachten Anzeige gesetzlich nicht statt findet.

Auch bei solchen Verbrechen, die nur auf Antrag (nicht durch Privatanklage) verfolgt werden, geschieht die gerichtliche Verfolgung nach einmal gemachter Anzeige durch den Staatsanwalt im gewöhnlichen Wege der öffentlichen Anklage, ohne daß dem Verletzten ein weiterer Einfluß auf das Verfahren zukömmt, wie in der angeführten Regierungsbegründung ausdrücklich hervorgehoben ist. Das Verfahren hat von Anfang bis zum Ende einen entschieden öffentlich rechtlichen Charakter, welcher überall zur Geltung kommt. Es fällt das in solchen Fällen dem Staat zustehende Strafrecht in keiner Beziehung unter den Gesichtspunkt des Privatrechts.

Wenngleich das Gesetz hiebei gewissen eigenthümlichen Verhältnissen, wie namentlich den Interessen der Familie, des Hausstandes und Dienstverhältnisses u. s. w. eine besondere Rücksicht in Bezug auf Anzeige oder Antrag gewährt hat,[6]) so ist diese Beschränkung des öffentlichen Strafverfolgungsrechtes nach richtiger Ansicht und nach dem Geiste der badischen Strafgesetzgebung keineswegs in dem Sinne aufzufassen, daß, wie der Schwurgerichtshof annahm, der Anzeigeberechtigte sich ganz in der freien Verfügung über das Verbrechen und die gerichtliche Verfolgung desselben befindet, so daß die gerichtliche Einschreitung, wie eine im freien Verkehr befindliche Sache

---

auch Andeutungen in der Regierungsbegründung zum Entwurf der Str.P.O. §. 371—383 (im vierl- und drittletzten Absatz) scheinen hiefür Anhalt zu bieten. Solche Bedenken machten sich auch bei der oberhofgerichtlichen Berathung geltend. Namentlich wurde auch, unter Bezug auf die bezeichneten Andeutungen in der Regierungsbegründung, auf den zweiten Absatz des §. 385 hingewiesen, wonach in Fällen des §. 373 Ziff. 7 das Oberhofgericht in der Regel selbst das Urtheil zu geben habe, da es sich hier einfach um richterliche Irrthümer in der Beurtheilung handle, welche das obere Gericht sofort selbst berichtige, ohne die Sache an ein anderes Gericht zu verweisen. Indessen gewährt der am Schluß des §. 385 angehängte Vorbehalt, welcher nicht in zu beschränktem Sinne, sondern nach seinem Geiste aufzufassen ist (wie das Oberhofgericht mit Recht annahm), auch für Ausnahmsfälle, wie der hier vorliegende, eine angemessene Vorsorge, und es verdient unseres Erachtens die oberhofgerichtliche Entscheidung hinsichtlich der Zulassungsfrage volle Billigung, da sie dem Geist des im badischen Strafprozeß angenommenen Systems der Rechtsmittel entspricht und in der ganz allgemein und unbeschränkt gefaßten Bestimmung der Ziff. 7 des §. 373 genügende Rechtfertigung findet. Es handelte sich im vorliegenden Falle um die unrichtige Auslegung eines dem Strafgesetzbuch angehörigen Grundsatzes, eines Grundsatzes, der auch das sachliche Strafrecht wesentlich berührt und für die Erledigung des ganzen Straffalles entscheidend erschien. Dieser Grundsatz wurde bei der Urtheilsfällung selbst verletzt. Daß die badische Strafprozeßgesetzgebung, nach dem von ihr angenommenen System der Rechtsmittel, dem Staatsanwalt im Falle einer solchen Gesetzesverletzung ein Rechtsmittel versagen wollte, ist überall nicht zu unterstellen. Zu bemerken ist übrigens, daß der in Annal. Bd. 32 S. 206 mitgetheilten früheren oberhofgerichtl. Entscheidung (in Anklagesachen gegen A. Bösch von Mahlberg, wegen Diebstahls), eine gegentheilige Auffassung in den Entscheidungsgründen hervortrat. Die betreffende Nichtigkeitsbeschwerde war indessen, abgesehen von ihrer sonstigen Unzulässigkeit oder Zulässigkeit, vom Staatsanwalt schlechthin auf Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens gegründet worden, was allerdings offenbar gesetzlich unzulässig erschien.

[5]) Dies wird leicht übersehen, weil die betreffende Stelle der Regierungsmotive (Bemerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 170 des Entwurfs, §. 190 des Str.G.B.) ohne Aenderung oder berichtigende Andeutung abgedruckt wird. Vergl. Thilo, Str.G.B. §. 190 Note 2, Puchelt, Str.G.B. §. 190 Note 4, dagegen Thilo zu §. 394 Note 1 und Puchelt §. 394 Note 1.

[6]) Die eigenthümliche Natur des besonderen Verhältnisses, worauf bei den nur auf Anzeige zu verfolgenden Vergehen die in Frage stehende gesetzliche Rücksicht beruht, ist immerhin bei der näheren Anwendung der bezüglichen Gesetzesbestimmungen im Einzelnen nicht ganz außer Acht zu lassen. Diese Natur ist zum Theil sehr verschiedenartig. Fast überall aber, wenn nicht durchgehends, ist die entscheidende Rücksicht eine höhere, als das bloße Interesse des Mein und Dein der Betheiligten.

Digitized by Google

Gegenstand von civilrechtlichen Verträgen und Verzichten mit bindender Kraft auch gegenüber den Strafgerichtsbehörden sein kann. In Bezug auf solche Fälle, wo die Zurücknahme der Anzeige gesetzlich ausgeschlossen ist, kann hierüber um so weniger ein Zweifel sein.

Eine außergerichtliche, wenngleich vertragsmäßige Vereinigung der Betheiligten über Unterlassung der Anzeige oder des Antrags auf gerichtliche Einschreitung kann daher die einmal gesetzmäßig bewirkte gerichtliche Verfolgung nicht mehr hemmen, selbst wenn erstere schon vor dem Beginne des Strafverfahrens Statt gefunden hatte.[7]) Es entscheidet hiebei lediglich die der Strafgerichtsbehörde erklärte Willensmeinung des Anzeigeberechtigten selbst, mag derselbe auch früher anderer Willensmeinung gewesen sein und seine gerichtliche Erklärung mit früheren nicht vor der Strafgerichtsbehörde abgegebenen Erklärungen und vertragsmäßigen Zusicherungen im Widerspruch stehen.

Hiemit stimmt auch der im L.R.S. 2046 ausgesprochene Grundsatz, wozu Troplong, des transactions No. 57 und Code d'instruction criminelle art. 1—4 zu vergleichen sind, vollkommen überein, obwohl die besondere Gestaltung der badischen Strafgesetzgebung dabei nicht außer Betracht bleiben darf.

Vergl. die Erläuterungen von Brauer, Band 4 Seite 55.

Es berief sich zwar die Vertheidigung auf die in Puchelts Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, S. 1092 nachträglich aufgestellte Behauptung zu §. 190 Bemerkung 4, worin irrthümlich auch der Hausdiebstahl als unter Strafgesetzbuch §. 394 fallend aufgeführt ist[8]); allein die fragliche Behauptung erscheint nach der badischen Strafgesetzgebung, wie sich aus Obigem ergibt, entschieden als unrichtig. Es darf die wesentliche Verschiedenheit anderer Gesetzgebungen, namentlich in Bezug auf Zulassung eines Verzichts des Anzeigeberechtigten, z. B. Art. 134. 135 des württembergischen und Art. 54 des hessischen Strafgesetzbuchs, ferner Art. 70 des thüringischen und Art. 106 des königl. sächsischen u. s. w. nicht außer Acht gelassen werden.

Vergl. übrigens die Bemerkungen von Breidenbach in seinem Commentar zum hessischen Strafgesetzbuch, Art. 54, Band 1 Seite 657. 658. 659.[9])

Köstlin, System des deutschen Strafrechts, allgemeiner Theil, S. 513 ff. Anhang zu §. 127 bis 131.

Hienach konnte in dem vorliegenden Falle, dem klaren und bestimmten Antrag des beschädigten Dienstherrn in seiner gerichtlichen Anzeige vom 29. Juli v. J. gegenüber, der Vertrag desselben mit Aktuar R., Schwager des Angeklagten Johann Schäfer, die Strafeinschreitung gegen die Angeklagten nicht hemmen noch aufheben.

Es rechtfertigt sich deßhalb gemäß St.P.O. §. 385 Abs. 1 und 2, §. 426 die Aufhebung des angefochtenen Urtheils und die Verweisung der Sache an ein anderes geeignetes Gericht zur Verhandlung und Entscheidung[10]) unter Verfällung der Angeklagten in die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten.

Die zweite Verhandlung und Entscheidung des Strafaktes fand am 11. März 1869 bei dem Schwurgericht in Karlsruhe Statt. Sämmtliche Angeklagten wurden verurtheilt, der Hauptangeklagte zu 1½ Jahr Arbeitshausstrafe, seine Gehilfen zu Kreis- und Amtgefängniß.

E. Brauer.

36.

Für die Schuld einer Handelsgesellschaft haften nicht nur die zur Zeit der Entstehung der Schuld vorhandenen Theil haberder Firma, sondern auch die, später vor der Tilgung der Schuld eingetretenen, Beide selbst dann, wenn sie vor Befriedigung des Gläubigers wieder ausgetreten sind.

[7]) Vergl. die in Annalen Band 35 S. 10 mitgetheilte oberhofgerichtliche Entscheidung in Anklagesachen gegen Agathe Schmieder von Schapbach wegen Unterschlagung. Der in dieser Sache vom Vertheidiger aus der Natur der Hauptverhandlung als des Schwerpunktes des gerichtlichen Verfahrens abgeleitete Grundsatz, daß die Zurückziehung der Anzeige des Beschädigten, beziehungsweise der Antrag derselben auf Einstellung des Verfahrens jetzt als bei der Hauptverhandlung noch zuzulassen sei, wurde, gewiß mit Recht, als unrichtig erkannt.

Ferner vergleiche man auch Annalen Bd. 32 S. 244 und Bd. 35 S. 53. 55.

[8]) Vergl. Note 5 oben.

[9]) Die eingehenden, zugleich critisch gehaltenen Ausführungen über den in Frage stehenden Gegenstand in diesem von der Staatsanwaltschaft bei der oberhofgerichtlichen Verhandlung angerufenen Commentar sind bei der nahen Verwandtschaft des hessischen mit dem badischen Strafgesetzbuch von besonderem Interesse.

[10]) Vergl. Note 4 oben.

Digitized by Google

Die Sammtverbindlichkeit der Gesellschafter dauert dem Gläubiger gegenüber auch während der Liquidation der Gesellschaft fort.

Diese besteht während der materiellen Insolvenz fort und wird erst durch die Ganteröffnung aufgelöst.

J. S.

des Karl Stähelin, Banquier und Appellationsrath in Basel, Klägers, Appellaten, Oberappellaten

gegen

den Fabrikanten Emil Großmann in Wisleth, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betr.,

wurde der Beklagte in allen Instanzen, von großh. Oberhofgericht am 4. Februar 1869 für schuldig erklärt, die eingeklagten zwanzigtausend Franken aus Darlehen nebst 5 pCt. Zinsen daraus vom 1. Juli 1867 an — binnen vierzehn Tagen bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung dem Kläger kostenfrei zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die, auch über das Thatsächliche sich verbreitenden

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil lauten:

ꝛc. Der Beklagte war die eingeklagte Darlehensforderung nicht nur als persönlicher Sammtschuldner, sondern auch als offener Gesellschafter der beiden Firmen: „J. Großmann, Vater und Söhne" und „Gebrüder Großmann" dem Gläubiger schuldig, und hat in dieser doppelten Eigenschaft für die fragliche Schuld mit seinem ganzen Vermögen zu haften.

L.R.S. 1200 des H.G.B. Art. 112.

Durch seinen Austritt aus der einen oder andern Gesellschaft konnte er von seiner Verbindlichkeit zur Zahlung dieser Schuld nicht befreit werden. ꝛc.

Der vom Beklagten vorgeschützte Vergleich (L.R.S. 1285) wurde nicht von der Firma „J. Großmann, Vater und Söhne," für deren Verbindlichkeit bezüglich der fraglichen Schuld der Beklagte seines Austritts ungeachtet zu haften hatte, sondern von den damaligen Theilhabern jener Firma mit den Gläubigern dieser letzteren abgeschlossen ꝛc.

Auf Vergleichsvorschlag vom 14. Dezember 1867 erklärte der Kläger unterm 31. Dezember 1867 als Gläubiger der beiden Firmen „J. Großmann Vater und Söhne" und „Gebrüder Großmann," daß er die Propositionen, wie sie in den Anerbietungen vom 14. Dezember v. J. enthalten waren, annehme und nach getreuer Erfüllung derselben seine Forderung (von 20,000 Frcs.) als getilgt betrachte und sowohl die Firma „J. Großmann Vater und Söhne" als die einzelnen Theilhaber derselben jeder weiteren Haftpflicht dafür entbinde, daß er sich jedoch seine Rechte an die Herrn Gebrüder Großmann, früher in Lörrach, nun in Basel, vorbehalte.

Durch diese Erklärung hat der Kläger den Theilhabern der Firma: J. Großmann gegenüber die Schuld nur bedingungsweise als gezahlt anerkannt und außerdem sein gegen den Beklagten als Sammtschuldner ihm zustehendes Forderungsrecht genügend gewahrt.

Dadurch aber, daß der Kläger sich bezüglich seiner — nach dem wiederholten Zugeständnisse des Beklagten — eine Gesellschaftsschuld der Firma: „Gebrüder Großmann" bildenden, Forderung von 20,000 Frcs. seine Rechte gegen diese Firma vorbehalten hat, hat er solche zugleich sowohl gegen diejenigen Personen gesichert, welche entweder zur Zeit, als die klägerische Erklärung abgegeben wurde, wirkliche Mitglieder der Gesellschaftsfirma waren, oder doch dem Kläger gegenüber sich als Mitglieder derselben darstellten, mögen sie vor oder nach Contrahirung der Schuld eingetreten sein;

H.G.B. Art. 113,

als auch gegen diejenigen, welche zur Zeit der Contrahirung der Schuld Theilhaber der Firma waren, auch wenn ihnen zur Zeit des Vorbehalts diese Eigenschaft nicht mehr zugekommen und ihr Austritt ordnungsmäßig bekannt gemacht worden sein sollte.

Beide Voraussetzungen treffen hier in der Person des Beklagten zusammen.

Er trat laut Eintrag im Handelsregister vom 9. Juni 1863 der Firma „Gebrüder Großmann" bei ihrer Errichtung als offener Gesellschafter bei und sein Austritt wurde erst unterm 14. Januar 1868 (nach Anstellung der Klage) in das Gesellschaftsregister eingetragen; er konnte daher im Dezember 1867 von dem Kläger gesetzlich noch als Mitglied jener Gesellschaft betrachtet werden, da er wenigstens in der Appellationsbeschwerdeschrift (Pr.O. §. 1135) nicht behauptet hat, daß zur Zeit des Vergleichsabschlusses dem Kläger sein Austritt aus der Gesellschaft bekannt war und die in der mündlichen Ver-

Digitized by Google

handlung vor dem Appellationsſenat nachgeſchobene Behauptung, daß der Kläger im März 1866 oder bald nachher durch ein Circular an die Geſchäftsfreunde Kenntniß von dem Austritt des Beklagten erhalten habe, keine Berückſichtigung finden kann.

H.G.B. Art. 25. 129 Abſ. 3 und 5.
Hahn, H.G.B. zu Art. 25 S. 42.
Endemann, d. H.R. S. 105.
Thöl, d. H.R. S. 123. 1.

Aber auch dann, wenn der Austritt des Beklagten zur Zeit der Erklärung des Klägers vom 31. Dezember 1867 im Handelsregiſter eingetragen oder ſonſt dem Kläger bekannt geweſen wäre, würde ſich der Vorbehalt des Letzteren auch auf den Beklagten erſtrecken, da er ungeachtet ſeines Austritts für die von der Geſellſchaft früher übernommenen Verbindlichkeiten haftbar blieb und unter der Firma, gegen welche der Kläger ſich ſeine Rechte vorbehielt, alle diejenigen Perſonen zu verſtehen ſind, welche als wirkliche oder früh ere Theilhaber der Firma für die Verbindlichkeiten derſelben einzuſtehen haben.

H.G.B. Art. 112. 280.
Endemann, S. 165. 189. 217.
Hahn, zu Art. 112 §§. 1. 5 und 6 S. 281 ff.

Ob auch die Firma „Gebrüder Großmann" in Vermögenszerfall gerathen iſt, wie von dem Beklagten behauptet, von dem Kläger aber widerſprochen wurde, iſt für die Beurtheilung dieſer Sache unerheblich, da Vermögenszerfall (materielle Inſolvenz) nicht gleichbedeutend iſt mit Eröffnung des Concurſes (der Gant).

H.G.B. Art. 122 vergl. mit Art. 34 ff. des Einführungsgeſetzes.

Letztere (die Eröffnung der Gant) kann nur durch richterliches Erkenntniß (das Ganterkenntniß) ausgeſprochen werden und hat die Auflöſung der Geſellſchaft zur Folge,

Pr.O. §. 713 H.G.B. Art. 123 Ziff. 1,

während bei der materiellen Inſolvenz die Geſellſchaft fortbeſteht.

Endemann, §. 46 I. Bd. S. 223.

Ebenſo unerheblich wäre es, wenn die Firma „Gebrüder Großmann," wie der §. 4 der Vergleichsbedingungen in Ausſicht ſtellte und von dem Vertreter des Oberappellanten in der mündlichen Verhandlung behauptet wurde, in Liquidation getreten ſein ſollte, da das Verhältniß der Geſellſchaft zu dritten Perſonen, insbeſondere die ſolidariſche Haftbarkeit der einzelnen Geſellſchafter für die während des Beſtehens der Geſellſchaft eingegangenen Verbindlichkeiten während der Liquidation und der ganzen Verjährungszeit fortdauert.

H.G.B. Art. 144. 146.
Hahn, zu Art. 144, §. 3 S. 149.
Endemann, §. 47 II. S. 229.
Brinkmann, d. H.R. §. 52 nach Note 15 S. 195.

Hienach erſcheint weder das auf unbedingte Abweiſung des Klägers, noch das auf Abweiſung zur Zeit geſtellte Begehren des Beklagten, Oberappellanten, als gerechtfertigt. Dem letzteren Geſuche ſteht außerdem der Umſtand entgegen, daß nach der Anzeige des oberappellantiſchen Anwaltes der Beklagte ſelbſt in Gant gerathen und die Gantmaſſe an deſſen Stelle getreten iſt; einer Gantmaſſe gegenüber aber eine Abweiſung der Klage zur Zeit nicht ausgeſprochen werden kann.

Pr.O. §. 727.

Was endlich das von dem Oberappellanten in letzter Reihe geſtellte Begehren betrifft, ſo kommt in Betracht, daß nicht behauptet werden konnte, daß der Kläger aus den von den Theilhabern der Firma „J. Großmann Vater" und ihren Gläubigern überlaſſenen Vermögenstheilen vor der Vernehmlaſſung des Beklagten oder während des bisherigen Verfahrens irgend eine Befriedigung erhalten hat, welche bei der Urtheilsfaſſung berückſichtigt werden könnte;

Pr.O. §. 351,

daß dagegen der Beklagte die Zahlung, welche dem Kläger aus jenem Vermögen etwa nach dem Urtheile und bevor er ſelbſt zahlt, geleiſtet wird, an der eingeklagten Forderung in Abzug bringen

L.R.S. 1200. Pr.O §. 852 Ziff. 1

und, wenn er die Sammtſchuld ganz bezahlt, auf das von den Theilhabern jener Firma an ihre Gläubiger abgetretene Vermögen ſeinen Rückgriff nehmen kann

L.R.S. 1214. 1251 Ziff. 3

ohne, daß es deßfalls eines Beiſatzes im Urtheile bedarf.

Red.

37.

Zum Entmündigungsverfahren.

Wer erſtattet nach dem Rechtspolizeigeſetz von 1864 das Gutachten, welches nach L.R.S. 494 das Gericht von dem Familienrath zu erheben hat?

Behaghel lehrt in ſeinem „badiſchen bürgerlichen

Recht" S. 221, daß der Gerichtsnotar nach Einvernahme der nächsten Verwandten und Verschwägerten des Geisteskranken und des Waisenrichters das obige Gutachten zu erstatten habe. Das Nämliche sagt in der neuesten amtlichen Ausgabe des Landrechts eine Note zu Art. 494. Nach dem Notariatsblatt von 1865 S. 40 hat auch das großh. Justizministerium in einer Entschließung vom 9. Februar 1865 ausgesprochen:

> Nach §. 2 Ziff. 2 des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, verbunden mit §. 1 Ziff. 1 der Geschäftsordnung für die Gerichtsnotare, könne es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß der Gerichtsnotar es ist, welcher in dem Falle des L.R.S. 494 die Verwandten und Verschwägerten des zu Entmündigenden zu hören und danach das Gutachten abzugeben hat.

Es lassen sich aber doch gegen diese Ansicht Zweifel erheben, die kaum als ungegründet erscheinen dürften.

Nach §. 2 Z. 2 des Rechtspolizeigesetzes beschließt das Amtsgericht in den Angelegenheiten, welche das Landrecht dem Familienrathe zuweist, nach Anhörung der nächsten Verwandten und Verschwägerten des Mündels. (§. 11).

Nach §. 3 können den Amtsgerichten Rechtspolizeibeamte beigegeben werden, welchen u. a. die in §. 2 aufgeführten Geschäfte übertragen werden können. Die Gerichtsnotare sind diese Beamten und die Geschäfte des §. 2 sind ihnen in §. 1 Ziff. 1 ihrer Geschäftsordnung wirklich übertragen. Dies ist nicht zu bestreiten; es fragt sich aber, ob unter den Geschäften des §. 2 Ziff 2 auch das nach L.R.S. 494 zu erstattende Gutachten begriffen sei.

Schon der Wortlaut der Gesetzesstelle macht dies zweifelhaft. Eine Person, deren Entmündigung beantragt ist, heißt nicht Mündel; für eine solche Person besteht auch kein Familienrath; zur Abgabe des nach L.R.S. 494 zu erhebenden Gutachtens wird erst einer gebildet, endlich ist ein Gutachten nicht ein Beschließen im Sinne des Gesetzes. Nach den §§. 13. 14 des R.P.G. und den §§. 48. 58. 62—65 der Geschäftsordnung für die Gerichtsnotare sind es die als Beiräthe berufenen Verwandten und Verschwägerten des Mündels, welche in den Fällen des §. 2 Ziff. 2 des Gesetzes ein Gutachten abgeben; das Amtsgericht faßt darauf den Beschluß. In dem vorliegenden Falle handelt es sich überdies nicht einmal um ein eigentliches Gutachten. Der Familienrath hat, zunächst wenigstens, seine auf die Wahrnehmungen seiner Mitglieder gegründete Ansicht über den Zustand der Person, deren Entmündigung beantragt ist (son avis sur l'état de la personne etc.), nicht seine Ansicht darüber, ob sie zu entmündigen sei, auszusprechen.

Demolombe t. VIII. nro. 501

Durchschlagender, als die aus dem Wortlaute des Gesetzes zu entnehmenden Zweifel, ist die Erwägung, daß wenn unter den Geschäften des §. 2 Ziff. 2 des R.P.G. das nach L.R.S. 494 zu erstattende Gutachten begriffen wäre, das Amtsgericht dem Amtsgericht ein Gutachten zu erstatten hätte, indem es nach §. 1 des R.P.G. keinem Zweifel unterliegt, daß das Amtsgericht das Gericht ist, welches dieses Gutachten zu erheben hat. Man wird entgegnen, das Amtsgericht habe zweierlei Beamte, von welchen der eine, der Amtsrichter, das Gutachten erhebe, der andere, der Gerichtsnotar, es abgebe. Daß der Amtsrichter das Gutachten zu erheben hat, ist nicht zu bestreiten; aber der Gerichtsnotar, der es abgeben soll, handelt gleichfalls im Namen des Amtsgerichts (R.P.G. §. 3); es hätte also immerhin das Amtsgericht dem Amtsgerichte, eine Behörde sich selbst, ein Gutachten zu erstatten.

Das R.P.G. geht übrigens auch keineswegs davon aus, daß jedes Amtsgericht neben dem Amtsrichter einen Gerichtsnotar haben muß. Da nach §. 3 Beamte der letzteren Art den Amtsgerichten nur beigegeben werden können, so kann ihre Anstellung auch unterbleiben, und selbst wo ein Gerichtsnotar angestellt ist, kann auch der Amtsrichter die Geschäfte des §. 2 besorgen; ja er muß es hie und da in Fällen, wo der Gerichtsnotar verhindert oder abwesend ist. (Schluß folgt.)

Mehrfache unangenehme Erfahrungen nöthigen zur

Bitte an die verehrlichen Mitarbeiter,

Entscheidungen erster und zweiter Instanz nicht eher zur Aufnahme in die Annalen mitzutheilen, als bis sie in **Rechtskraft** erwachsen sind.

Die Redaktion.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Mai 1869. No. 4.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 4.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Mai 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Mittwoch den 5. Mai.	
42	Digisser gegen ihren Ehemann. — Ehescheidung. . . .	Fürst. — J. Gutmann.
34	Bayer gegen Bayer. — Gemeinschaftstheilung.	Bayer. — Kusel.
	Freitag den 7. Mai.	
159	Finje gegen Steiner. — Entschädigung.	Grimm. — Geißmar.
15	Lohr gegen Baumann. — Forderung.	Gernandt. — v. Engelberg.
	Dienstag den 11. Mai.	
149	Scheitlin gegen Hurlebaus. — Entschädigung.	Grimm. — Schulz.
156	Adelmann gegen Hupp. — Entschädigung.	Gernandt. — Grimm.
	Donnerstag den 13. Mai.	
155	Heidelberg gegen Ickrath. — Forderung.	Mays. — Geißmar.
17	Herzog gegen Mathis. — Eigenthum.	Fürst. — Geißmar.
	Donnerstag den 20. Mai.	
2	Frankenbacher gegen Stein. — Vertragserfüllung. . . .	Grimm — Geißmar.
18	Maier gegen Maier. — Forderung.	Geißmar. — Esser.
	Dienstag den 25. Mai.	
25	Isele gegen Gantert. — Pfandstrich.	
16	Ritter gegen Merz. — Vertragserfüllung.	Schmidt. — Näf.

Digitized by Google

Verlag von Fr. Forthampf in Berlin.

Archiv des norddeutschen Bundes.

Sammlung aller Gesetze, Actenstücke und Verträge, die Verhältnisse des norddeutschen Bundes betreffend.

Mit Beilagen, enthaltend Verfassungen und Gesetze anderer Staaten.

Herausgegeben von Prof. Dr. **J. C. Glaser.** 1867.

Ein Bd., gr. Lex. 8. 42 Bogen. Preis br. fl. 6.

Dieser eine vom Professor Dr. Glaser redigirte Band des „Archiv" enthält alle auf die **Gründung** und Organisation des nordd. Bundes bezüglichen Actenstücke, namentlich: die Bündniß- und Friedens-Verträge, die Wahlgesetze, die Regierungs-Vorlagen, Abänderungs-Anträge ꝛc. zur Bundes-Verfassung, eine Uebersicht über die Verhandlungen des ersten außerordentlichen Reichstags u. s. w., ferner eine Anzahl wichtiger Gesetze, Verfassungen ꝛc. fremder Staaten.

Archiv des norddeutschen Bundes und des Zollvereins.

Jahrbuch für Staats-Verwaltungs-Recht nnd Diplomatie des nordd. Bundes und des Zollvereins.

Mit Beilagen, enthaltend Verfassungen und Gesetze anderer Staaten.

Redigirt von Dr. jur. **A. Koller.**

Band I. Gr. Lex. 8. 80 Bogen br. fl. 10. 48 kr.

(Der Subscriptionspreis für diesen Band, 4 Thlr., ist mit Ausgabe der Schlußhefte erloschen.)

Dieses Werk, welches sich dem von Prof. Dr. Glaser herausgegebenen anschließt, wenn auch die ganze Anlage eine veränderte ist, enthält alle in der I. ordentl. Sess. d. Reichstags beschlossenen Ausführungs-Gesetze mit den Regierungs-Vorlagen, Abänderungs-Anträgen, den betr. Aeußerungen der Minister und Reg. Comm. kurz alle diejenigen Actenstücke, welche für die „Authentische Interpretation" der Bundesgesetze erforderlich sind. Außer den Gesetzen mit den dazu gehörenden Erläuterungen sind alle auf dieselben Bezug habenden Verordnungen, Erlasse ꝛc. mitgetheilt und eine Anzahl von über 40 hochwichtiger Gesetze fremder Staaten, u. a. das englische Wahlgesetz, französische Wehrgesetz, die neuen österreichischen Gesetze u. s. w. wiedergegeben.

Alle in beiden Bänden des Archivs mitgetheilten Actenstücke sind ☞ amtlichen Quellen ☜ entnommen.

Unter der Presse ist:

Archiv des norddeutschen Bundes und des Zollvereins.

Jahrbuch für Staats-Verwaltungs-Recht und Diplomatie des nordd. Bundes und des Zollvereins.

Mit Beilagen, enthaltend Verfassungen und Gesetze anderer Staaten.

Redigirt von Dr. jur. **A. Koller.**

Band II. 8 Hefte gr. Lex. 8. Preis fl. 7. 12 kr.

Dieser Band wird die zweite Session des Reichstags, und die erste Session des Zollparlaments umfassen.

Auf obige Zeitschriften nimmt die **Buchhandlung** von **J. Bensheimer** in **Mannheim** Bestellungen entgegen.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 6.**

(Schluß von Art. 37.)

Hiernach kann man sicherlich nicht unterstellen, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, unter den in §. 2 Ziff. 2 des R.P.G. den Amtsgerichten zugewiesenen Geschäften auch das nach L.R.S. 494 dem Amtsgerichte zu erstattende Gutachten zu begreifen. Offenbar hat man bei dem Vorschlag der Ziff. 2 nur die Beschlüsse im Auge gehabt, welche der für Vormundschaften eingesetzte Familienrath zu fassen hat. An das nach L.R.S. 494 abzugebende Gutachten scheint man nicht besonders gedacht zu haben.

Ist aber auch unsere Frage in dem Gesetze nicht ausdrücklich beantwortet, so ist ihre Beantwortung darum nicht weniger sicher aus den Bestimmungen des Gesetzes zu entnehmen. Die Funktionen, welche das Landrecht dem Familienrathe zuweist, hat das Rechtspolizeigesetz von 1864 den Beiräthen und dem Amtsgerichte in der Art übertragen, daß die Beiräthe ihre Ansicht den Amtsgerichten gutächtlich vorzutragen haben und das Amtsgericht darauf den Beschluß zu fassen hat. Letzteres kann aber selbstverständlich nur für die Fälle gelten, wo der Familienrath nach dem Landrecht etwas zu beschließen hat. Wo, wie in unserem Falle, der Familienrath nach dem Landrecht dem durch den Amtsrichter repräsentirten Amtsgerichte ein Gutachten zu erstatten, eine Ansicht zu äußern hat, da fällt das Beschließen weg, welches von der Funktion des Familienraths dem Amtsgerichte zugewiesen ist, und die Beiräthe haben ihr Gutachten unmittelbar an das durch den Amtsrichter repräsentirte Amtsgericht abzugeben.

Daß das hier vertretene Verfahren das zweckmäßigere ist, kann wohl keinem Zweifel unterliegen. Die Beiräthe müssen bei dem Amtsgerichte sich einfinden, sie mögen von dem Amtsrichter oder von dem Gerichtsnotar geladen sein. Der Amtsrichter hat das ganze Entmündigungsverfahren zu pflegen und am Schlusse über den Antrag auf Entmündigung zu erkennen. Er und nur er muß von der Ansicht der Beiräthe über den Zustand des zu Entmündigenden Kenntniß erhalten. Vernimmt er sie unmittelbar, so ist er in der Lage, sich von ihrer Ansicht erschöpfend unterrichten zu können. Der Gerichtsnotar, der mit dem ganzen Entmündigungsverfahren sonst nichts zu thun hat, soll die Beiräthe über den Zustand des zu Entmündigenden nur vernehmen, um ihre Ansicht dem Amtsrichter mitzutheilen; seine Mittheilung kann aber, wenn er sich auch noch so sehr bemüht, vollständig zu sein, dem Amtsrichter die unmittelbare Einvernahme der Beiräthe nicht ersetzen. Wäre etwa die Entschließung des großh. Justizministeriums, wie man nach ihrem Wortlaut meinen könnte, dahin zu verstehen, daß der Gerichtsnotar auf den Grund der ihm von den Beiräthen vorgetragenen Ansicht über den Zustand des zu Entmündigenden seinerseits dem Amtrichter ein Gutachten darüber abzugeben habe, ob die Entmündigung auszusprechen sei oder nicht, so würde damit in das Entmündigungsverfahren ein Akt eingeschoben, der dem Gesetze völlig fremd ist.

Nach allem dem wäre zu wünschen, daß dem Gerichtsnotar eine Funktion erlassen würde, die gesetzlich nicht geboten, mit der bestehenden Organisation kaum vereinbar und überdies zweckwidrig ist. P.

38.

Die Einrede, daß von Seiten des Bezogenen durch Accept des Wechsels dem Aussteller desselben ein Darlehen für eine gewisse Zeit habe verschafft werden sollen, ist auch gegenüber dem Aussteller im Wechselprozeß nicht zulässig, wenn sie nicht mit Urkunden erwiesen werden kann. §. 654. 3 der Pr.O.

Eine im Urtheil über den Wechselprozeß vorbehaltene Einrede ist mittelst einer sog. Nachklage geltend zu machen.

In Sachen.

des Hopfenhändlers Lazarus Mayer in Mannheim, Klägers, Appellaten, Oberappellanten

gegen

Digitized by Google

Bierbrauer Friedrich Wilhelm Mayer zur alten Pfalz daselbst, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,

Wechselforderung, hier die zur besonderen Ausführung verwiesene Einrede betreffend.

Auf Grund eines unter dem 5. November 1867 von Hopfenhändler Lazarus Mayer zu Mannheim auf Bierbrauer F. W. Mayer daselbst für die Summe von 2570 fl. gezogenen, auf eigene Ordre lautenden, am Ende April 1868 fälligen, von Letzterem acceptirten Wechsels erhob Ersterer gegen Letzteren eine Wechselklage bei dem großh. Handelsgerichte Mannheim auf obige Summe nebst Verzugszinsen vom Verfalltage bis zum Zahlungstage, auf 3. fl. 42 kr. Protestkosten, sowie auf Provision von ½ pCt. des Wechselbetrages, und erlangte unter dem 22. Mai 1868 ein handelsgerichtliches Urtheil, welches dem Klagbegehren gemäß verurtheilte, unter dem Beisatze jedoch, die von dem Beklagten auf das Bestehen eines Nebenvertrags über die Wirkung des vom Beklagten ertheilten Wechselaccepts gestützte Einrede sei zur besondern Ausführung zu verweisen. Vergl. Pr.O. §§. 646. 654 Ziff. 3. Inhaltlich der Vernehmlassung auf die Wechselklage und der Entscheidungsgründe zum handelsgerichtlichen Urtheile ging jene Einrede dahin, „Fr. W. Mayer habe den Wechsel nur aus Gefälligkeit acceptirt, damit Lazarus Mayer sich Geld dadurch verschaffen könne: Letzterer habe Ersterem vor und bei der Acceptirung die Versicherung gegeben, daß dieser Wechsel nicht als ein Schuldbekenntniß zwischen ihnen dienen, ihre laufende Rechnung gar nicht berühren solle, daß vielmehr Letzterer (Lazarus Mayer) den Wechsel zur Verfallzeit selbst wieder einlösen, beziehungsweise dem Fr. W. Mayer den Betrag zur Wechselzahlung einhändigen werde."

Mittelst Antrags vom 29. Mai 1868 machte F. W. Mayer die vorbehaltene Einrede damit geltend, daß er darüber im ordentlichen Verfahren Verhandlungen zu pflegen hat, dem Lazarus Mayer über die der Einrede zu Grunde liegenden Thatsachen den Eid zuschob und das Schlußgesuch stellte, für den Fall der Eidesverweigerung zu erkennen, Lazarus Mayer sei mit der eingeklagten Wechselforderung abzuweisen, beziehungsweise das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 22. Mai 1868 für unwirksam, beziehungsweise wieder aufgehoben zu erklären! Das großh. Handelsgericht Mannheim wies unter dem 5. Juni 1868 den F. W. Mayer „mit der zur besondern Ausführung verwiesenen Einrede" ab, wogegen der Appellations-Senat des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim unter dem 5. Oktober 1868 auf den zugeschobenen Eid und für den Fall der Eidesleistung auf Bestätigung des handelsgerichtlichen Urtheils erkannte, für den Fall der Eidesverweigerung aber das handelsgerichtliche Urtheil vom 22. Mai 1868, soweit es den Fr. W. Mayer zur Zahlung der obengenannten Summen verurtheilte „für unwirksam erklärte und demgemäß den Lazarus Mayer mit diesen Forderungen abwies."

Gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß beschwerte sich Lazarus Mayer im Wege der Oberberufung.

Das großh. Oberhofgericht erkannte aber am 2. März 1869:

das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationssenats, vom 5 Oktober 1868, No. 4533, sei, unter Verfällung des Oberappellanten in die Kosten des dritten Rechtszuges, in modificirter Fassung dahin zu bestätigen:

der frühere Wechselkläger Lazarus Mayer hat folgenden Eid zu leisten:

„Es ist nicht wahr, daß ich vor der Acceptirung des eingeklagten Wechsels (d. d. Mannheim 5. November 1867 ad 2570 fl. zahlbar Ende April 1868) durch den Beklagten diesem die Zusicherung gegeben habe, daß ich den Wechsel zur Verfallzeit selbst einlösen werde, und daß dieser Wechsel die laufende Rechnung beider Theile nicht berühren solle."

Leistet er diesen Eid, so wird der frühere Wechselbeklagte Fr. W. Mayer mit seinem Antrage vom 29. Mai 1868 unter Verfällung in die Kosten der beiden vordern Rechtszüge abgewiesen.

Verweigert dagegen Lazarus Mayer den Eid, so wird er für schuldig erklärt, die ihm von Fr. W. Mayer in Folge des handelsgerichtlichen Urtheils vom 22. Mai 1868, No. 604, bezahlten Beträge, nämlich die Wechselsumme von 2570 fl. 6 pCt. Zinsen hieraus vom 30. April 1867 bis zum Zahlungstage, 3 fl 42 kr. Protestkosten und ½ pCt. Provision aus gedachter Wechselsumme binnen acht Tagen bei Zwangsvermeiden zurückzuerstatten und die Kosten der beiden vorderen Rechtszüge zu tragen.

Entscheidungsgründe:

2c. Die Beschwerde ist sachlich unbegründet, wenngleich die auf Grund des gedachten Antrags vom 29. Mai

Digitized by Google

1868 gewählte Form des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses der rechtlichen Lage des Falles nicht entspricht.

Die Einrede erscheint als rechtlich begründet. Wenn nämlich auch in Folge der formalen Natur des Wechselrechts F. W. Mayer auf Grund des geleisteten Accepts die Wechselsumme zu bezahlen verpflichtet war, — so steht hiemit doch noch keineswegs fest, welche Bedeutung dieser Zahlung vom Standpunkte des gemeinen bürgerlichen Rechts aus zukomme, ob sie etwa als zur Tilgung einer Schuld geschehen oder als Hingabe eines Darlehens zu betrachten sei. Ein Wechsel setzt anderweitige Rechtsverhältnisse voraus oder er begründet solche. Der Bezogene ist entweder bereits im Besitze der Deckung für die Wechselsumme oder er erhält einen Anspruch auf solche Deckung. Die Einrede behauptet nun, daß der Wechselkläger vor und bei der Wechselannahme dem Bezogenen zugesagt habe, der fragliche Wechsel solle die sonstigen Forderungs- und Schuldverhältnisse beider Theile in keiner Weise berühren, die daraufhin geleistete Zahlung also weder als Tilgung einer vorhandenen Schuld, noch als zur Begründung einer Forderung geeignet gelten; er, der Wechselaussteller, werde vielmehr bis zur Verfallzeit die zur Zahlung der Wechselsumme nöthigen Geldmittel seinerseits beischaffen und in dieser Weise Deckung gewähren. Vorausgesetzt wurde dabei natürlich, daß der Wechsel, wie es auch der Fall war, in dritte Hand übergegangen sein werde. Offenbar war es — die Richtigkeit der Einredebehauptung vorausgesetzt, — einziger Zweck des Wechsels, dem Lazarus Mayer durch Benützung des Credits des F. W. Mayer auf eine gewisse Zeit ein Darlehen zu verschaffen. Bei Lage der Sache mußte die behauptete Zusage die rechtliche Folge haben, daß Fr. W. Mayer, nachdem er die Wechselsumme bezahlt hatte, dieselbe zurückzufordern berechtigt war. Es würde nämlich mit Sinn und Zweck jener Zusage geradezu im Widerspruch stehen, daß Lazarus Mayer, unerachtet er die Verpflichtung, aus seinem Vermögen die Mittel zur Zahlung der Wechselsumme an den dritten Wechselinhaber beizubringen, auf sich gehabt hätte, nunmehr selbst in den endgiltigen Bezug der aus den Mitteln des Fr. W. Mayer bezahlten Wechselsumme gelangen sollte. L.R.S.S. 1134. 1135.

Was den Beweis des bisher besprochenen Vorbringens angeht, so kann er zweifellos durch den zugeschobenen Haupteid geliefert werden. Letzterem steht nämlich die Vorschrift des L.R.S. 1360a und der Pr.O. §. 526, daß eine Eideszuschiebung nicht gegen den Inhalt einer vollbeweisenden Urkunde gerichtet werden dürfe, deßhalb nicht entgegen, weil das der Wechselannahme entsprungene wechselrechtliche Verbindlichkeitsverhältniß durch den fraglichen Haupteid nicht berührt wird, durch denselben vielmehr nur festgestellt werden soll, welche Folge jenes Verhältniß und die daraufhin nothwendig gewordene Wechselzahlung in bürgerlich rechtlicher Beziehung für die streitenden Theile erzeuge.

Aus der selbstständigen Natur des wechselrechtlichen Verbindlichkeitsverhältnisses und des Wechselprozesses ergibt sich, daß ein auf Grund eines solchen Prozesses ergangenes Urtheil keineswegs einer einstweiligen Verfügung gleichgestellt und deßhalb auch in demselben Rechtszuge so wenig für unwirksam erklärt oder wieder aufgehoben werden kann, als die dadurch gerichtlich anerkannte Forderung nunmehr wieder abgewiesen werden darf, und ist demgemäß eine im Wechselprozesse vorbehaltene Einrede im Wege einer sogenannten Nachklage geltend zu machen, wodurch das in Folge des Wechselprozesses Gezahlte wieder zurückgefordert oder für den Fall noch nicht eingetretener Zahlung gemäß Pr.O. §. 256 ein die Befreiung von dieser aussprechendes Urtheil beantragt wird.

Vergl. Gönners Hdb. des gem. Prozesses zweite Auflage Bd. IV. S. 198.
Bayer, sum. Prozeß §. 47 a. E. und Note 12.
Mittermaier, der gem. d. b. Prozeß IV. 2. Auflage S. 190.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher, n. F. IV. S. 144.

Unerachtet nun weder die Form des Antrags vom 29. Mai 1868 noch die des angefochtenen appellationsgerichtlichen Erkenntnisses der eben dargelegten Anschauung entspricht; so konnte doch, zumal mit Rücksicht darauf, daß zur Zeit der Stellung jenes Antrages die Wechselzahlung noch nicht geleistet war, diesem die Bedeutung einer Nachklage im obigen Sinne beigelegt und auch das appellationsgerichtliche Erkenntniß als materiell der Sachlage entsprechend erachtet werden.

Ist hiernach die Bestätigung eben dieses Erkenntnisses der Sache nach gerechtfertigt, so erschien es doch als nöthig, dasselbe im Wege einer Modification der Fas-

Digitized by Google

sung in die der oben dargelegten rechtlichen Anschauung entsprechende Form zu bringen.

Die Kosten anlangend, so war Oberappellant unbedingt in die des dritten Rechtszuges zu verfällen, weil er der Sache nach durch das angefochtene Erkenntniß nicht beschwert ist, und mußte die Tragung der übrigen im gegenwärtigen Rechtsstreite entstandenen und der im Wechselprozesse erwachsenen Kosten von der Leistung oder Verweigerung des urtheilsmäßigen Haupteides abhängig gemacht werden. Die Wechselklage wurde nämlich von Lazarus Mayer mit Unrecht erhoben, die Nachklage von ihm mit Unrecht bestritten, wenn er die den Gegenstand des Haupteides bildende Zusage gegeben hatte.

Pr.O. §§. 169. 170. Red.

39.

Grenzsteine können giltig nur in Folge gegenseitigen Einverständnisses der Betheiligten oder in Folge richterlichen Erkenntnisses (L.R.S. 646) gesetzt werden.

Das Recht des Ufereigenthümers auf die Anschwemmung schließt den Grenzsteinsatz zwischen dem Privateigenthume am Ufer und dem, eine Zugehörde des Staatseigenthumes bildenden, Strombette aus. L.R.S.S. 538. 556. 557.

Die Klage auf Beseitigung von zwischen Privatufereigenthum und dem Strombette von der Staatsverwaltungsbehörde einseitig gesetzten Grenzsteinen gehört vor die bürgerlichen Gerichte.

Vorstehende Sätze wurden in dem Rechtsstreite des großh. Premierlieutenants Grafen Erich von Sparre gegen den großh. Fiscus, vertreten durch die großh. Oberdirection des Wasser- und Straßenbaus, ausgesprochen.

Die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 21. Januar 1869, welche, soweit nöthig, das Thatsächliche des Falles enthalten, lauten, wie folgt:

Der Kläger, welcher unbestrittenermaaßen Eigenthümer dreier in der Gemeinde Neckarau längs des Rheins gelegenen Grundstücke — Kaiserswörth, großer und kleiner Bannwörth genannt — ist, begehrte mit der, gegenwärtigem Rechtsstreite zu Grunde liegenden Klage, daß ihm das Eigenthum eines 59 ½ Morgen umfassenden, zwischen seinem unbestrittenen Eigenthum und dem Rheinstrome gelegenen Geländes, welches die großh. Wasser- und Straßenbaubehörde auf Grund des L.R.S. 538 als Theil des Strombettes für den Staat in Anspruch nahm, zuerkannt und der beklagte Theil zur Entfernung der auf dessen Betreiben zur Abgrenzung dieses Geländes vom unbestrittenen Eigenthume des Klägers gesetzten Grenzsteine verurtheilt werde.

Nachdem die Klage vom Gerichte des ersten Rechtszuges gänzlich abgewiesen, vom Gerichte des zweiten Rechtszuges zwar nicht, insoweit sie die Eigenthumszuerkennung [1]), wohl aber insoweit sie die Entfernung der Grenzsteine begehrte, für begründet erklärt worden war, erhob der beklagte Theil gegen den seine Verurtheilung zur Entfernung der Grenzsteine umfassenden Theil des appellationsgerichtlichen Urtheils im Wege der Oberberufung Beschwerde.

Diese Beschwerde ist indessen unbegründet.

Die Klage auf Entfernung der Grenzsteine findet, obgleich es sich um die Abgrenzung des klägerischen Eigenthums von einer Zugehörde des Staatseigenthums im Sinne des L.R.S. 538 handelt — ganz abgesehen von der Frage, ob und inwiefern das, eine solche Zugehörde des Staatseigenthums bildende, Gelände bezüglich der Grenzscheidung nicht den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes (L.R.S. 646) unterstehe — im vorliegenden Falle schon um deßwillen offenbar vor den bürgerlichen Gerichten statt, weil sich dieselbe auf das Recht des Ufereigenthümers, die Anschwemmungen in Anspruch zu nehmen, stützt, dieses Recht aber durch das bürgerliche Gesetzbuch (L.R.S.S. 556. 557) ausdrücklich einem jeden Ufereigenthümer, möge dessen Eigenthum an einen schiff- oder floßbaren oder einen nicht so vereigenschafteten Fluß oder Strom grenzen, verliehen,

---

[1]) Die bereits mit dem Urtheile zweiter Instanz rechtskräftig gewordene Abweisung des klägerischen Eigenthumsanspruches ruht auf der Rechtsansicht, daß das Strombett als Zugehörde des Staatseigenthums (L.R.S. 538) im Gegensatze zum Privatufereigenthume soweit gehe, als der höchste normalmäßige Wasserstand (das darüber hinausgehende ist Ueberschwemmung) reiche. — L. 1 §. 5. insbesondere l. 3 D. de flumin. 43. 5. Demolombe X. nro. 52. Aubry et Rau, cours II. §. 203 Note 14. Gilbert, C. annot. ad art. 538 nro. 22. Suppl. ibid. nro. 8. (Einige sehen schon den mittleren Wasserstand als maaßgebend an. Siehe Gilbert, C. ann. a. a. O. nro. 21) und auf dem Gutachten Sachverständiger, daß das streitige Gelände beim höchsten normalmäßigen Wasserstande ganz, ja schon bei mittlerem Wasserstande zum größesten Theile von Wasser bedeckt sei. D. E.

Digitized by Google

somit in allen Fällen privatrechtlicher Natur, und folgeweise von den bürgerlichen Gerichten zu beurtheilen ist.[2])

Was die Sache selbst angeht, so kann es zuvörderst nicht als zweifelhaft erscheinen, daß Grenzsteine, welche sich ihrem Zwecke und rechtlichen Wesen nach als augenfällige Beweisurkunden über eine Eigenthumsgrenze darstellen, nur in Folge gegenseitigen Einverständnisses derjenigen, deren Eigenthum zu scheiden sie bestimmt sind, oder in Folge richterlichen Erkenntnisses (L.R.S. 646) in rechtswirksamer Weise gesetzt werden können (vergl. §. 2 des Gesetzes vom 26. März 1852 die Vornahme einer stückweisen Vermessung sämmtlicher Liegenschaften des Großherzogthums betreffend. Reggsbl. 1852 No. 15), und daß, falls ohne diese Voraussetzungen Grenzsteine gesetzt wurden, die Betheiligten auf deren Beseitigung zu dringen berechtigt sind. Letzteres ergibt sich noch insbesondere daraus, daß — der Natur der Sache nach, Grenzsteine, soferne sie die Zeichen einer ordnungsmäßigen Errichtung an sich tragen, schon kraft ihrer äußeren Erscheinung als beweisend angesehen werden können, ohne daß die Art ihres Zustandekommens in Betracht gezogen wird, und daß deßhalb die Betheiligten keineswegs für verpflichtet erachtet werden können, sich das Bestehen von Grenzsteinen gefallen zu lassen, die, unerachtet sie äußerlich als gesetzlich errichtet erscheinen, doch der obenerwähnten gesetzlichen Voraussetzungen des Zustandekommens wirklich beweiskräftiger Grenzsteine entbehren.

(Vergl. Demolombe, cours XI. nro. 239 u. ff., insbesondere nro. 251 270[1]. 279. 280.) [3])

Dem Bisherigen zufolge stellt sich auch insbesondere das Vorbringen des beklagten Theils, daß die fraglichen Grenzsteine, weil sie ohne Einverständniß der Betheiligten und ohne vorgängiges richterliches Erkenntniß auf zum Staatseigenthume gehörigem Grund und Boden errichtet worden, deßhalb aber für den Beweis der Eigenthumsgrenze unerheblich seien, die Rechte des klagenden Theils keineswegs zu beeinträchtigen vermöchten, als haltlos dar, zumal da das über den Steinsatz unter dem 26. September 1865 aufgenommene Protocoll klar darthut, daß die fraglichen Grenzsteine, abgesehen von den Voraussetzungen des Einverständnisses der Betheiligten oder eines richterlichen Erkenntnisses ordnungsmäßig gesetzt worden, mithin ihrer äußern Erscheinung nach als völlig beweiskräftige Grenzsteine zu gelten geeignet seien. Daß solchen, eine lange Dauer des Bestehens versprechenden, Grenzsteinen gegenüber ein mündlicher oder schriftlicher Protest des dadurch Benachtheiligten für diesen ein genügendes Sicherungsmittel nicht biete, bedarf der weitern Ausführung nicht.

Es fragt sich indessen weiter, ob nicht der beklagte Theil eine Grenzsteinsetzung in der Weise, wie sie am 26. September 1865 geschehen, nach der thatsächlichen Lage der Sache gemäß L.R.S. 646 zu verlangen berechtigt sei und ob nicht demgemäß die bereits stattgehabte Grenzsteinsetzung durch das im gegenwärtigen Rechtsstreite zu erlassende Urtheil schlechthin gut zu heißen sei, in welchem Falle dann dieselbe als auf diesem Urtheile beruhend vom Kläger dem Obigen zufolge anerkannt werden müßte.

Diese Frage ist zu verneinen, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

Anschwemmungen sind nach L.R.S. 556 Abs. 1 „Anlagen und Zuwüchse, die nach und nach und unmerklich an Grundstücken sich bilden, welche an einen Fluß oder Strom angrenzen." Sie kommen, wie oben schon angeführt wurde, nach L.R.S. 556 Abs. 2 dem Uiereigenthümer zu Gute. Ein Gleiches soll nach L.R.S. 557 von Plätzen gelten, „welche das fließende Wasser ver-

---

[2]) In Frankreich nimmt die Staatsverwaltungsbehörde unter Berufung auf das Wesen des Staatseigenthums im Sinne des Art. 538 (domaine public) und auf besondere Gesetze das Recht in Anspruch, ihrerseits die Flußgrenzen zu bestimmen, und es stehen dieser Anschauung viele Entscheidungen des Staatsrathes zur Seite, während andererseits die Gerichte, insbesondere der Cassationshof, die Ansicht festhalten, daß, möge auch die Verwaltung die administrative Grenze (la limite administrative) zu bestimmen befugt sein, die Gerichte doch über die Entschädigung des durch jene Grenzbestimmung beeinträchtigten Privatgrundeigenthümes zu entscheiden hätten. Vegl. Sirey, Recueil 1867 II. p. 59. 270. 1866 II. p. 5. 297 (insbesondere die Noten). Gilbert, c. annot. Suppl. ad art. 538 nro. 13. 14. Aubry et Rau, cours II. §. 199 p. 201. S. auch Annalen 1862 S. 250. 1863 S. 71. 218. 246. Bei uns könnte die Verwaltungsbehörde nur im Wege des Expropriationsverfahrens in Privatufereigenthum eingreifen.

D. E.

[3]) Demolombe sagt nro. 279: „Le bornage une fois fait, soit d'un commun accord, soit en vertu d'une décision judiciaire devient un titre reciproque entre les parties." Vegl. noch Zachariä, franz. Civilrecht II. §. 238 Note 4. Aubry et Rau, Cours II. §. 199. Pardessus, Servitudes nro. 117 u. ff., insbesondere nro. 125. Ein Grenzstein ist ein Denkmal, monumentum, eine Urkunde im weiteren Sinne des Wortes, ein Beweismittel. Bayer, Vorträge S. 833. 834. Glück, Erläut. XXII. S. 8. Wetzell, Civilprozeß §. 24 S. 194. D. E.

Digitized by Google

läßt, wenn es sich unmerklich von einem Ufer zurückzieht und auf das andere hinwirft, so daß der Eigenthümer des verlassenen Ufers den Vortheil der Anschwemmung hat, ohne daß der Uferbewohner der entgegengesetzten Seite den Grund in Anspruch nehmen könne, den er verloren hat." Den, hieraus sich ergebenden Anschauungen des Gesetzes zufolge, ist die Grenze des an einen Fluß oder Strom anstoßenden Privateigenthums eine wandelbare, mit welcher Eigenschaft die Scheidung dieses Eigenthums von dem, eine Zugehörde des Staatseigenthums bildenden, Strombette vermittelst Grenzsteinsatzes unvereinbar ist, wie auch das hier mit dem französischen und badischen Rechte auf gleichem Boden stehende römische Recht ausdrücklich dadurch anerkennt, daß es bei fest abgegrenzten Grundstücken das Recht auf die Alluvion für ausgeschlossen erklärt. L. 16 Dig. de acquir rer dom. 41. 1. *) Das Vorhandensein von Grenzsteinen zwischen dem Privateigenthum des Uferei-genthümers und dem Gelände, welches zur betreffenden Zeit als Theil des Strombettes zu betrachten oder doch die Grundlage für eine künftige Anschwemmung zu bilden geeignet ist, faßt, da Grenzsteine auf die Dauer berechnet sind, eine stete Gefahr für den Ufereigenthümer in sich, daß sein Eigenthum als vom Strome oder Flusse getrennt und demzufolge als der Anschwemmung verlustig angesehen werde. Diese Gefahr bildet aber, zumal bei dem Umstande, daß die Anschwemmung ihrem Wesen nach allmählich und unmerklich vor sich geht, einen fortwährenden Eingriff in das gegenwärtige Recht des Ufereigenthümers auf eben diese Anschwemmung, wobei übrigens noch in Betracht kommt, daß nach L.R.S. 1180 selbst derjenige, der nur ein bedingtes Recht hat, die zur Erhaltung desselben etwa nöthig werdenden Handlungen vorzunehmen befugt ist.

Vergl. Demolombe, Cours X. nro. 10. 13. 15.

Wenn beklagter Seits geltend gemacht wird, Anschwemmungen an das kläger'sche Eigenthum würden wahrscheinlich nur in Folge künstlicher Flußbauten des großh. Fiscus stattfinden, so ist dies Vorbringen unerheblich, weil doch stets, wie auch aus dem Gutachten der Sachverständigen erhellt, die Möglichkeit einer Anschwemmung ohne solche Bauten zugegeben werden muß und weil — abgesehen davon, daß die Meinung, als ob die Anschwemmung ohne Unterschied zwischen der durch bloße Naturkraft, oder der durch künstliche Bauten bewirkten — stets dem Ufereigenthümer zukomme, bedeutende Vertreter hat,

Demolombe a. a. O. nro. 69 —

immerhin von Seiten des großh. Fiskus erst zu behaupten und nachzuweisen wäre, daß die etwa am kläger'schen Eigenthum eingetretene Anschwemmung Folge bestimmter von ihm geführter Flußbauten sei. Roßhirt.

*) „In agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat." D. E.

40.

Die Ehefrau, welche verliegenschaftetes Fahrnißeinbringen aus der Gantmasse ihres Ehemanns zurückfordert, muß die Thatsache des Einbringens jener Fahrnisse in die Ehe durch solche Urkunden beweisen, welche gegen Dritte Beweiskraft haben.

In Sachen.

der Ehefrau des Metzgers und Ochsenwirths Jakob Grether von Binzen, Emilie geborene Gräßlin, Liquidantin, Appellatin, Oberappellantin

gegen

die Gantmasse ihres Ehemanns, Liquidatin — hier gegen Marx Liebmann-Mayer in Müllheim, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten

Vindication von Fahrnissen betreffend,

hatte das großh. Amtsgericht Lörrach als Gantgericht am 22. Juli 1868, No. 14,309, erkannt:

„Die Gantmasse sei schuldig, anzuerkennen, daß der Ehefrau des Gantmanns Jakob Grether das Eigenthumsrecht an den, in der Anmeldung vom 10. Juni d. J. verzeichneten, zu 756 fl. 40 kr. gewertheten, in die Ehe gebrachten Fahrnisse nebst 6 Stücken Bettanzügen zustehe und ihr diese Gegenstände absonderungsweise zuzuscheiden seien, unter Verfällung der Gantmasse in die Hälfte der Kosten."

Allein das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Appellations-Senat, erließ am 10. November 1868, No. 4271, ein abänderndes Urtheil des Inhalts:

„die Ehefrau des Gantmanns Jakob Grether sei mit ihrem Eigenthumsanspruche auf die in ihrer Anmeldung vom 10. Juni d. J. verzeichneten und zu 756 fl. 40 kr. gewertheten, angeblich in die

Digitized by Google

Ehe eingebrachten, Fahrnisse nebst sechs Bettanzügen, soweit ihr Anspruch die Fahrnisse, welche sie nach der Vermögensübergabe ihrer Eltern, der Sonnenwirth Ernst Friedrich Gräßlin'schen Eheleute von Holzen, vom Jahr 1856 von diesen ihren Eltern erhalten hat, und die noch im Stück und zwar im Werthe von 10 fl. 25 kr. vorhanden sind, übersteigt, abzuweisen und habe auch die andere Hälfte der besonderen Verhandlungen erster Instanz, sowie die Kosten der zweiten Instanz zu tragen."

Dieses Urtheil wurde auf die von der Liquidantin, der Ehefrau des Gantmanns, ergriffene Oberappellation von großherzoglichem Oberhofgericht am 4. März 1869 unter Verfällung der gedachten Liquidantin in die Kosten auch der dritten Instanz, aus folgenden

Entscheidungsgründen

bestätigt:

„Die Oberappellantin ist durch das Urtheil der zweiten Instanz, welches den von ihr geltend gemachten Eigenthumsanspruch auf die von ihr angeblich in die Ehe eingebrachten Fahrnisse nur in Bezug auf die in dem Theilzettel vom Jahr 1856 erwähnten, soweit sie jetzt noch vorhanden sind, anerkennt, im Uebrigen aber als unbegründet verworfen hat, nicht beschwert.

Der Ehegatte, welcher die von der Gemeinschaft ausgeschlossenen Fahrnisse, die er zur Zeit der Eingebung der Ehe besaß, bei Auflösung der Gemeinschaft im Stück zurücknehmen will, hat zu beweisen, daß er die Fahrnisse in die Ehe eingebracht hat.

Dieser Beweis kann dritten Personen gegenüber, als welche die Gantgläubiger zu betrachten sind, nur durch Urkunden, welche gegen Dritte Beweiskraft haben, geführt werden.

L.R.S. 1499. 1510. 1328.

Solche Urkunden hat die Oberappellantin für die jetzt noch im Streite befangenen Fahrnisse nicht beigebracht, sie hat vielmehr durch den ihrem Anspruche zu Grunde liegenden Ehevertrag und den dort erwähnten Theilzettel selbst den Beweis geliefert, daß sie die zurückgeforderten Fahrnisse wenigstens zur Zeit der Errichtung des Ehevertrags nicht im Besitz hatte.

Im §. 1 Abs. 2 jenes Ehevertrags ist nämlich bemerkt, daß als Beibringensurkunde der Braut ihr Theilzettel aus der elterlichen Vermögensübergabe erklärt werde, in welchem ihr sämmtliches der Zeit besitzendes Vermögen enthalten sei; inhaltlich dieses Theilzettels bestund aber das ganze Fahrnißvermögen, welches die Oberappellantin bei der Vermögensübergabe ihrer Eltern erhalten hatte, in den im Anschlage von 27 fl. 43 kr. verzeichneten Gegenständen, welche ihr, soweit sie noch in Natura vorhanden, zuerkannt worden sind.

Wenn sie etwa in der Zwischenzeit zwischen der Errichtung des Ehevertrags (17. März 1860) und der Eingebung der Ehe (22. März j. J.) die zurückgeforderten Fahrnisse aus dem ihr anerfallenen Vermögen angeschafft haben sollte, so wäre es ihre Sache gewesen, ein glaubhaftes Verzeichniß darüber aufnehmen und solches ihrem Ehevertrage beifügen zu lassen.

Die von der Oberappellantin für das behauptete Beibringen angerufenen Beweismittel, wie das Zugeständniß des sogenannten Massevertreters, das Beibringensverzeichniß vom 19. März 1868, die Erklärungen des Gantschuldners in diesem Verzeichnisse und in seiner Vernehmlassung auf die Anmeldungsklage und die Verwaltungsrechnung vom 25. Januar 1860 sind nicht geeignet, den in dem Ehevertrag und dem Theilzettel liegenden Gegenbeweis zu entkräften oder den Beweis für die Anschaffung der Fahrnisse in der Zeit zwischen dem Ehevertrag und dem Eheabschluß zu liefern.

Dem Geständniß des Gantanwalts kann nur dann volles Gewicht beigelegt werden, wenn er als solcher vorschriftsmäßig verpflichtet worden ist und in Folge dessen die gesetzliche Garantie dafür bietet, daß er pflichtmäßige Nachforschung über die Richtigkeit der in Frage stehenden Forderung angestellt hat, und daß sich seine Erklärung auf die hieraus gewonnene gewissenhafte Ueberzeugung gründet.

Mit dieser Garantie ist das von dem sogenannten Massevertreter abgelegte Zugeständniß nicht umgeben.

Wie die Gantakten darthun, wurde Herrmann Metzel, welcher als Vertreter der Masse auftrat, nicht als Gantanwalt, sondern nur als Massepfleger von dem Gantrichter provisoriich aufgestellt und später von den Gantgläubigern bestätigt. Wenn auch in kleineren Ganten die Stelle des Massepflegers und des Gantanwalts in einer Person vereinigt werden kann, so muß doch dieser Person die Funktion als Gantanwalt förmlich übertragen, d. h. sie muß als solche ernannt und verpflichtet werden.

Pr.O. 720. 721 und 832 Ziff. 2.

Digitized by Google

Dies ist hier nicht geschehen; Herrmann Metzel wurde, wie schon erwähnt, nicht zum Gantanwalt ernannt und nicht als solcher verpflichtet, er wurde nicht einmal auf die dem Gantanwalt obliegenden Pflichten aufmerksam gemacht ꝛc.

Immerhin müßte aber das von dem Massevertreter abgelegte Geständniß auf den Grund des in dem Ehevertrag selbst liegenden Gegenbeweises als auf einem Irrthum beruhend und daher als unwirksam angesehen werden. Pr.O. §. 764.

Bei dem Umstande, daß in der vorliegenden Gant ein Gantanwalt nicht aufgestellt wurde, bedarf die Frage, ob, wenn der Gantanwalt die Thatsachen, auf welche ein anmeldender Gläubiger seine Forderung baut, zugegeben hat, es einem einzelnen Gläubiger noch zukommt, jene Thatsachen zu widersprechen, keiner Erörterung; bei dem Mangel eines Gantanwalts erscheint jeder Gläubiger, der ein Interesse an der Sache hat, als berechtigt, den Ansprüchen Anderer Widerspruch entgegenzusetzen, insbesondere die von ihnen vorgelegten oder vorgeschlagenen Beweismittel zu bekämpfen.

Ein Interesse an der Sache hat aber jeder Gläubiger, dessen eigener Anspruch durch das von einem andern geltend gemachte Recht geschmälert wird und in diesem Falle befinden sich namentlich die Gläubiger der V. Ordnung, zu welcher der Oberappellat unbestrittenermaaßen gehört, dem Vindicanten gegenüber, welcher einen wie sie glauben, ihnen verhafteten Vermögenstheil auf den Grund von Eigenthumsansprüchen ihnen zu entziehen sucht.

Daß das am 19. März 1868, somit lange nach Abschluß der Ehe und nur kurze Zeit vor der Eröffnung der Gant errichtete Beibringensverzeichniß *als solches* nichts beweisen kann, bedarf keiner Ausführung, und wurde auch von dem Vertreter der Oberappellantin nicht bestritten; aber auch als *Geständniß* des Gantschuldners aufgefaßt, kann dasselbe sowenig, wie die von dem Letztern in seiner Vernehmlassung auf die Anmeldungsklage abgegebene Erklärung einen Anspruch auf Glaubwürdigkeit machen, weil die Anerkennung der von seiner Ehefrau geltend gemachten Forderung ihm selbst zum Vortheile gereicht.

Pr.O. §. 759.

Annalen XI. S. 307. XII. S. 55.

Was endlich die Verwaltungsrechnung vom 25. Januar 1860 anbelangt, so gibt dieselbe keinen Aufschluß darüber, ob die Oberappellantin überhaupt damals Fahrnißgegenstände im Besitz hatte. Aus jener Rechnung ist nicht mehr zu entnehmen, als daß die Oberappellantin die Mittel besaß, um Fahrnisse anschaffen zu können, dafür aber, daß sie diese Mittel zu dem angegebenen Zwecke verwendet hat, und daß dies *vor* der Ehe geschah, fehlt es an allem Beweise ꝛc. Red.

40.

Ueber den Rekurs und die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwalts in amtsgerichtlichen Strafsachen.

Durch die in den Annalen XXXIV. S. 340 ff. mitgetheilte Entscheidung des großh. Oberhofgerichts und die hieran geknüpften Bemerkungen sehe ich mich veranlaßt, noch einmal für das Recht der Staatsanwaltschaft das Wort zu ergreifen, damit nicht Stillschweigen als Zustimmung gedeutet werde.

I. *Kann der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten den Rekurs ergreifen?*

Es läßt sich nicht bestreiten, daß die deutschen Strafprozeßordnungen vorzugsweise auch im Betreff der Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, der Hauptsache nach, die französische Strafprozeßordnung zum Muster und Vorbild genommen haben, so auch unsere Strafprozeßordnung. Dieses ist insbesondere hinsichtlich des Rechts der Berufung geschehen.

Im französischen Code d'instruction criminelle Art. 199 ist nämlich bestimmt:

„Les jugemens rendus en matière corectionelle pourront être attaqués par la voie de l'appel;“ und in Art. 202 ist gesagt:

„la faculté d'appeler appartiendra aux parties prevenues ou responsables; au procureur de l'empereur“ etc.

Das französische Gesetzbuch enthält, wie unsere Strafprozeßordnung, keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß der Staatsanwalt auch zu *Gunsten des Angeklagten* appelliren kann. Und gleichwohl steht in Frankreich der Satz fest, daß der Staatsanwalt nicht nur ein appel a minima, d. h. zum Nachtheil, sondern auch ein appel ad mitiorem, d. h. *zum Vortheil des Angeklagten* einlegen kann.

Digitized by Google

Höchster, Lehrbuch des franzöſiſchen Strafprozeſſes S. 284.

Es wird dieſes lediglich aus der Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts im Strafverfahren gefolgert, welche ihm das Geſetz im Allgemeinen zuweiſt.

Die franzöſiſchen Juriſten ſprechen ſich nämlich hierüber folgendermaßen aus:

„Man darf niemals aus dem Auge verlieren, zu welchem Zweck das Geſetz dem öffentlichen Miniſterium das Recht der Berufung verliehen hat. Dieſer Zweck iſt kein einſeitiger, ſondern im Intereſſe der öffentlichen Ordnung ein allgemeiner; denn das Intereſſe der öffentlichen Ordnung gebietet, daß der wahrhaft Schuldige für ſchuldig erklärt und nach dem Geſetz beſtraft, daß hingegen der Unſchuldige für nicht ſchuldig erklärt und freigeſprochen werde. Hieraus folgt von ſelbſt, daß das öffentliche Miniſterium Berufung einlegen kann, wenn es der Anſicht iſt, daß der erſte Richter den Beſchuldigten mit Unrecht entweder für nicht ſchuldig oder für ſchuldig erklärt habe, oder daß die durch denſelben verhängte Strafe entweder zu gelind oder zu ſtrenge ſei."

Merkel, im Gerichtsſaal Jahrg. V. Bd. 1 S. 486.

Dieſe Anſchauungsweiſe der franzöſiſchen Jurisprudenz ſteht in einem auffallenden Contraſt mit der Anſchauungsweiſe eines Theils unſerer badiſchen Juriſten.

Auch in Preußen iſt ſeit dem Jahr 1849 anerkannt, daß der Staatsanwalt befugt ſei, Rechtsmittel zu Gunſten des Angeklagten einzulegen — und wurde dieſes Recht früher lediglich auf den §. 6 der Verordnung vom 3. Januar 1849 geſtützt, welchrr dem Staatsanwalt zur Pflicht macht, darüber zu wachen, daß bei dem Verfahren den geſetzlichen Vorſchriften überall genügt werde, daß ferner kein Schuldiger der Strafe entgehe und daß Niemand ſchuldlos verfolgt werde.

Plank, Syſtematiſche Darſtellung des deutſchen Strafverfahrens S. 508 Note 4.*)

Um jedoch jeden Streit hierüber zu beſeitigen, wurde und zwar ausdrücklich und lediglich als Folgerung aus dem citirten §. 6 der Schlußſatz des Art. I. in das preußiſche Geſetz vom 3. Mai 1852 aufgenommen, welcher lautet:

„Die Staatsanwaltſchaft hat das Recht, auch im Intereſſe des Angeklagten Rechtsmittel einzulegen."

Goltdammers Archiv für preußiſches Strafrecht Bd. XIII. S. 822 ff.

Bei uns iſt der Staatsanwaltſchaft in der Hauptſache die gleiche Stellung und Aufgabe im Strafverfahren zugetheilt, wie in Frankreich und in Preußen. Nichts deſtoweniger wird bei uns mit einem Eifer, der einer beſſeren Sache würdig wäre, jenes Recht des Staatsanwalts bekämpft.

Welches ſind aber die Gründe, welche für die Beſchränkung des Rechts des Staatsanwalts geltend gemacht werden?

Man beruft ſich zuvörderſt darauf, daß nach dem ältern Recht der Staatsanwalt gegen amtsgerichtliche Urtheile gar kein Rekursrecht hatte, und daß auch in dem Entwurf der Str.P.O. dem Staatsanwalt kein Rekursrecht, ſondern nur das Recht der Anfechtung wegen Ueberſchreitung der Gerichtsbarkeit gegeben werden wollte.

Wie aber daraus abgeleitet werden will, daß durch die Str.P.O. das Rekursrecht des Staatsanwalts beſchränkt worden ſei, läßt ſich wahrhaftig nicht einſehen. Man darf nicht überſehen, daß die Geſetzgebung das Syſtem des ältern Rechts und das Syſtem des Regierungsentwurfs in dieſer Beziehung verworfen und ein ganz anderes Syſtem aufgeſtellt hat, wie unter gezeigt werden wird.

Wenn man ſich für die Beſchränkung des Rekursrechts des Staatsanwalts auf die Beſtimmungen des ältern Rechts und des Regierungsentwurfs bezieht, ſo iſt dieſes gerade ſo, wie wenn man dafür, daß auch jetzt noch eine mündliche Hauptverhandlung nicht nothwendig ſei, ſich auf das Einführungsgeſetz vom 5. Februar 1851 §. 35 berufen wollte, während der §. 6 der Str.P.O. das Gegentheil verordnet oder wenn man dafür, daß beim Verfahren vor den Amtsgerichten die Beſchuldigung nicht mündlich vorzutragen ſei, den §. 307 Abſ. 3 des Entwurfs anführen wollte, während der §. 308 der Str.P.O. das Gegentheil vorſchreibt. Auf das ältere

*) Plank iſt principiell dafür, daß dem Staatsanwalt nicht zu geſtatten ſei, zu Gunſten des Angeklagten ein Rechtsmittel einzulegen. Es iſt dieſes eine Conſequenz ſeiner Meinung, daß der Staatsanwalt nur die Rechte des Staats als Partei vertrete. D. E.

Digitized by Google

Recht und den Regierungsentwurf kann man sich also nicht berufen. Man sagt sodann, daß die Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts in der Strafprozeßordnung nicht in der vollen Ausdehnung wie in Frankreich anerkannt und durchgeführt sei, namentlich in Bezug auf das Recht, Rechtsmittel zu ergreifen, indem die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes dem Staatsanwalt nicht gestattet und das Recht der Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt beschränkt sei. Allein aus der Beschränkung des Rechts der Nichtigkeitsbeschwerde kann die Beschränkung des Rechts des Rekurses nicht gefolgert werden, weil das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde auf ganz anderen Voraussetzungen und Grundsätzen beruht, als jenes des Rekurses, wie unter II. gezeigt werden wird. Obwohl man in Preußen die Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts auch nicht in der vollen Ausdehnung wie in Frankreich adoptirt hat, so ist doch dort der Grundsatz herrschend, daß der Staatsanwalt zu Gunsten des Angeklagten appelliren kann.

Man macht weiter geltend, daß nach dem Wortlaut und Geist des Gesetzes dem Staatsanwalt nur ein gleiches, nicht aber ein weit ausgedehnteres Rekursrecht eingeräumt worden sei als dem Angeschuldigten, und daß auch in dem Commissionsbericht von einer Ausdehnung des Rekursrechtes nicht die Sprache, sondern nur gesagt sei, daß dem Staatsanwalt *ebenso wie dem Angeschuldigten* das Rekursrecht eingeräumt werde. Allein aus dem *Wortlaut* des Gesetzes kann eine Beschränkung des Rekursrechts nicht abgeleitet werden.

Die Bestimmung in §. 386 der Str.P.O. lautet wörtlich allgemein, unbedingt und unbeschränkt wie der Art. 199 und 202 des Code d'instruction criminelle. Um daher den Umfang des Rekursrechts zu bemessen, muß man, wie von der französischen Jurisprudenz geschehen ist, den gesetzlichen Zweck des Rechtes der Berufung und die rechtliche Stellung oder die prozessualische Eigenschaft des Rekurrenten ins Auge fassen. Alsdann kommt man aber zu einem ganz andern Resultat als die Gegner.

Wenn in dem Commissionsbericht zu §. 384 des Entwurfs gesagt ist, daß *dem Staatsanwalt ebenso wie dem Angeschuldigten das Rekursrecht einzuräumen sei*, so ist dieses lediglich so zu verstehen, daß bei Einführung des Anklageverfahrens ein legislatorischer Grund dafür nicht vorliege, eine Unterscheidung zwischen dem Verurtheilten und dem Staatsanwalt, wie in dem Entwurf geschehen, der Art zu machen, daß dem Verurtheilten ein unbeschränktes, dem Staatsanwalt dagegen ein blos auf Aufhebung des Urtheils wegen Ueberschreitung der Gerichtsbarkeit beschränktes Rekursrecht einzuräumen sei. Ueber den Umfang des Rekursrechts des Staatsanwalts wollte man sich in jener Stelle des Commissionsberichts nicht aussprechen, da man der Ansicht war, daß dieser Umfang aus der Eigenschaft des Rekurrenten sich von selbst ergebe.

Nimmt man übrigens jene Stelle des Commissionsberichts wörtlich, so ergibt sich gerade daraus, daß der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten rekurriren kann, weil ja dem Letztern in keiner anderen Richtung das Rekursrecht zusteht, als zu seinen Gunsten.

Man bezieht sich ferner auf Ammanns Anmerkung zu §. 386 der Str.P.O.

Allein es ist dieses ein einseitiger Ausspruch, der jeder Begründung entbehrt. Ammann hatte auch an der Autorschaft des jetzigen §. 386, so weit er die Staatsanwaltschaft betrifft, durchaus keinen Theil. Und da er Verfasser oder Miturheber des Regierungsentwurfs war, so ist seine Voreingenommenheit für die Beschränkung des Rekursrechts des Staatsanwalts leicht erklärlich, aber nicht gerechtfertigt.

Endlich behauptet man, daß ein fühlbares Bedürfniß für die Ausdehnung des Rekursrechts überall nicht vorhanden sei, indem der Angeschuldigte durch den ihm zustehenden Rekurs sich selbst genügend schützen könne. Allein die Angeschuldigten sind sehr häufig nicht in der Lage, für sich selbst zu sorgen, weil der größte Theil derselben nicht zu beurtheilen vermag, ob die fragliche Handlung ein gerichtlich strafbares Verbrechen bildet, oder die erkannte Strafe nach den bestehenden Gesetzen zu hart sei. Und Manche wollen im Bewußtsein, eine unrechte That verübt zu haben, wenn sie auch nicht gerade gerichtlich strafbar ist, lieber die erkannte Strafe erdulden, als daß sie den Rekurs ergreifen. Eingedenk des Prinzips, daß der Unschuldige nicht bestraft, der Schuldige aber nur mit der gesetzlichen Strafe belegt werden soll, kann der Staat nicht zugeben, daß der Verurtheilte eine ungesetzliche Strafe als wohlverdient hinnehme.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß sowohl vom Standpunkt der Wissenschaft als vom Standpunkt des bestehenden badischen Rechts betrachtet, *kein stichhaltiger Grund für die Beschränkung des Rekursrechtes des Staatsanwalts*

Digitized by Google

vorhanden ist. Auf der andern Seite sprechen dafür, daß der Staatsanwalt auch zu Gunsten des Angeschuldigten den Rekurs ergreifen kann, folgende Gründe:

1) Schon nach §. 7 des Gesetzes über die gerichtlichen Erkenntnisse und über die Rekurse gegen dieselben vom 3. August 1837 konnte der Staatsanwalt, wenn er die Gesetzmäßigkeit eines in Strafsachen ergangenen hofgerichtlichen Erkenntnisses bezweifelte, hiegegen den Rekurs an das Oberhofgericht, wie zum Nachtheil so auch zum Vortheil des Angeschuldigten, ergreifen.

2) In dem Entwurf der Str.P.O. von 1862 war in §. 313 die Bestimmung enthalten, daß dem Staatsanwalt der Rekurs gegen **jedes** amtsgerichtliche Urtheil zustehe, er mag in der Sache als Ankläger aufgetreten sein oder nicht.

Dagegen sollte nach §. 387 und 388 des den Ständen vorgelegten Entwurfs von 1863 der Staatsanwalt den Rekurs nur ergreifen können, wenn er als Ankläger aufgetreten ist, oder das Amtsgericht über eine strafbare Handlung erkannt oder einen Strafbefehl erlassen hat, deren Aburtheilung zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichts gehört. Von der Commission der zweiten Kammer wurden aber diese beiden Paragraphen gestrichen und dem §. 384 des Entwurfs, jetzt §. 386 der Str.P.O., die Fassung gegeben, daß gegen Urtheile der Amtsgerichte der Verurtheilte, die Staatsanwaltschaft und der Privatankläger den Rekurs an das Kreisgericht ergreifen und durch dieses Rechtsmittel alle Beschwerden geltend machen kann, welche die Aufhebung oder Abänderung des Urtheils bezwecken.

Alle gesetzgebenden Faktoren haben dieser Fassung zugestimmt Und dadurch ist das System des Entwurfs, welches eine Beschränkung des Rekursrechts des Staatsanwalts enthielt, als mit dem Anklageverfahren im Widerspruche stehend, verworfen und ein ganz neues System in das Gesetz gelegt worden, wornach dem Staatsanwalt das Rekursrecht ohne alle Beschränkung eingeräumt ist.

3) Gegen die Beschränkung des Rekursrechts spricht ferner die Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts, wornach er, wie die Motive der großh. Regierung besagen, kein Parteivertreter, sondern wie das Gericht, ein unparteiisches Organ der Rechtspflege ist und sein soll, und wornach dem Staatsanwalt gemäß §. 4 der Str.P.O. insbesondere zur Pflicht gemacht ist, dafür zu sorgen, daß Schuldlose nicht verfolgt und Schuldige der verdienten Strafe nicht entzogen werden.

Aus dieser Stellung und Aufgabe des Staatsanwalts folgt von selbst, daß der Staatsanwalt nicht blos zum Nachtheil sondern auch zum Vortheil des Angeschuldigten den Rekurs ergreifen kann, wie dieses juristisch consequent in Frankreich und Preußen schon längst anerkannt ist.

4) Daß dieses im Sinne und Geiste der Str.P.O. liegt, ergibt sich überdies aus §. 375, wornach der Staatsanwalt im Falle einer unrichtigen Gesetzesauslegung auch zum Vortheil des Angeschuldigten die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen kann, insbesondere aber aus §. 394, wornach der Staatsanwalt im Falle eines Rekurses die Beschwerde des Verurtheilten für begründet erklären, also auch auf Freisprechung desselben antragen kann.

Hiemit glaube ich dargethan zu haben, daß gute Gründe dafür vorliegen, daß der Staatsanwalt nach dem bestehenden Recht auch zu Gunsten des Angeschuldigten den Rekurs ergreifen kann.

II. Kann der Staatsanwalt das in §. 398 der Str.P.O. vorgesehene Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde geltend machen?

In den Jahrbüchern des badischen Rechts S. 552 bis 554 hat man diese Frage verneint und das großh. Oberhofgericht ist dieser Ansicht beigetreten.

Annalen XXXIV. S. 340.

Diese Ansicht und Entscheidung steht aber mit dem Gesetze in offenbarem Widerspruch. Das Gesetz selbst bestimmt in §. 398 allerdings nicht ausdrücklich, wem das daselbst erwähnte Rechtsmittel zusteht. Allein das Gesetz verordnet allgemein, daß gegen das kreisgerichtliche Urtheil zweiter Instanz ein weiteres Rechtsmittel nicht stattfindet, ausgenommen, wenn bei dem Verfahren oder Urtheil des Kreisgerichts Nichtigkeiten der in §. 373 Ziff. 1. 3. 5. 6 bezeichneten Art vorgekommen sind. Es ist also keine Beschränkung beigefügt und keine Unterscheidung gemacht. Es kann sich daher lediglich nur darum fragen, wem das erste Rechtsmittel zusteht? Denn demjenigen, dem das erste Rechts-

Digitized by Google

mittel zusteht, muß consequenterweise auch das weitere Rechtsmittel zustehen, insofern das Gesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme macht.

Nun hat aber der §. 386 verfügt, daß gegen Urtheile der Amtsgerichte der Verurtheilte, die Staatsanwaltschaft und der Privatankläger den Rekurs an das Kreisgericht ergreifen und durch dieses Rechtsmittel alle Beschwerden geltend machen kann, welche die Aufhebung oder Abänderung des Urtheils bezwecken.

Es kann also der Staatsanwalt ebenso wie der Verurtheilte und der Privatankläger aus Nichtigkeitsgründen die Aufhebung des Urtheils erster Instanz durch das Rechtsmittel des Rekurses beantragen. Und daraus folgt logisch von selbst, daß dem Staatsanwalt ebenso wie dem Verurtheilten auch das in §. 398 vorgesehene weitere Rechtsmittel zusteht, weil das Gesetz keine Unterscheidung gemacht hat. Lege non distinguente, nec nostrum est distinguere.

Man behauptet zwar, daß diese Ansicht mit dem Geist des Gesetzes und mit den angenommenen Grundsätzen über die Geltendmachung der einzelnen Nichtigkeitsgründe im Widerspruch stehe.

Allein diese Behauptung wird durch folgende Betrachtung widerlegt.

In dem Titel XXVI., der von den Rechtsmitteln gegen Urtheile der Amtsgerichte handelt, ist nicht gesagt, daß die Vorschriften des Titels XXV., der von den Rechtsmitteln gegen Urtheile der Schwurgerichte und der Strafkammern spricht, auch bei dem Rechtsmittel des Rekurses und dem weiteren Rechtsmittel gelten, insofern der Titel XXVI. keine Abänderung bestimmt. In §. 398 wird lediglich nur auf die Ziff. 1. 3. 5. 6. des §. 373 hingewiesen. Dadurch sind einzig und allein die Fälle bezeichnet, in welchen dieses Rechtsmittel stattfindet. Es ist aber damit in keiner Weise angedeutet, daß hiebei auch die Art der Geltendmachung dieser Nichtigkeitsgründe, wie sie in Titel XXV. geregelt ist, in Betracht kommen soll. Denn im ganzen Titel XXVI. ist nur durch §. 399 auf §. 374. 378. 379. 380. 384, sonst aber auf keine andere Vorschrift des Titels XXV. namentlich nicht auf den Eingang des §. 373 oder auf §. 375 und 376 hingewiesen. Man muß daher die Auslegung des §. 398 blos aus den Bestimmungen des Titels XXVI. schöpfen. Und wenn man, wie man muß, den §. 398 mit dem §. 386, wornach dem Staatsanwalt das Rechtsmittel des Rekurses zusteht, in Verbindung bringt, so kann man zu keinem andern Resultate gelangen, als, daß der Staatsanwalt auch das weitere Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde geltend machen kann.

Man darf ferner nicht übersehen, daß die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile der Schwurgerichte und der Strafkammern auf ganz andern Voraussetzungen und Grundsätzen beruht, als der Rekurs gegen Urtheile der Amtsgerichte und das weitere Rechtsmittel des §. 398. Man ist bei den Rechtsmitteln gegen Urtheile der Schwurgerichte und Strafkammern von der Voraussetzung ausgegangen, daß diese Gerichte durch die 5 Mitglieder der Art besetzt seien, daß namentlich formelle Fehler nicht wohl vorkommen werden und jedenfalls, weil der Staatsanwalt bei der vollen Kenntniß der Sache überall mitwirkt, leicht abgewendet werden können. Deßhalb wurde das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile dieser Gerichte insbesondere in Betreff des Staatsanwalts in §. 373 und 375 beschränkt. Anders verhält sich die Sache aber in Ansehung der Rechtsmittel gegen Urtheile der Amtsgerichte und in Betreff des Rechtsmittels nach §. 398. Denn zu den Einzelrichtern und den Dreimännergerichten hatte man ein solches Vertrauen nicht, wie zu den Schwurgerichten und Strafkammern. Deßhalb wurde das Rechtsmittel des Rekurses unbeschränkt (von der Ausnahme des §. 387 abgesehen) und das Rechtsmittel des §. 398 in den daselbst angegebenen Fällen ebenfalls unbeschränkt verliehen. Vergl. Commissionsberichte zur Gerichtsverfassung von Prestinari §. 13 und 14 und von Bluntschli. A. 6. Es ist daher gänzlich unstatthaft, alle Vorschriften des Titels XXV. in den Titel XXVI. hereinzuziehen. Daß nach der Absicht des Gesetzgebers das in §. 398 gegebene Rechtsmittel auch dem Staatsanwalt zusteht, ergibt sich noch aus folgendem Umstande:

Der §. 13 des Gesetzes über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen besagt:

„Der Rekurs gegen amtsgerichtliche Urtheile (in Polizeistrafsachen) richtet sich nach Titel XXVI. der Str.P.O. Derselbe ist ohne Rücksicht auf den Betrag der Strafe (§. 387 der Str.P.O.) zulässig, wenn der Grund der Beschwerde darin besteht, daß eine polizeiliche Strafbestimmung als giltig oder ungiltig angenommen und das Urtheil auf diese Annahme gebaut wurde. (Polizeistrafgesetzbuch §. 24.) In diesen Fällen ist die Nichtigkeits-

Digitized by Google

beschwerde gegen das kreisgerichtliche Urtheil zweiter Instanz an das Oberhofgericht zulässig." Auch hier ist nicht ausdrücklich bestimmt, wem dieses Rechtsmittel zusteht. Und dessen ungeachtet läßt sich nicht wegdemonstriren, daß auch dem Staatsanwalt diese Nichtigkeitsbeschwerde eingeräumt ist. In dem Commissionsbericht der 2. Kammer ist nämlich zu diesem §. 13 folgendes bemerkt:

„Das Polizeistrafgesetzbuch enthält in §. 24 die Verfügung, daß die Polizeigerichte zwar die gesetzliche Gültigkeit, nicht aber die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der polizeilichen Verordnungen und Vorschriften prüfen können. Diese Bestimmung wurde von der zweiten Kammer in der Sitzung vom 17. Juli 1863 unter der zu Protokoll ausgesprochenen Erwartung angenommen, daß in einem künftigen Gesetz eine Bestimmung getroffen werde, wornach ein Rekurs an den höchsten Gerichtshof oder an einen zu schaffenden Staatsgerichtshof stattfinde, wenn die Frage über die Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit einer Polizeiverordnung streitig wird. Hiedurch soll bezweckt werden, daß die Rechtseinheit unter dem Prüfungsrecht des einzelnen Richters nicht leide. Diesem Wunsch ist nun durch §. 13 entsprochen. Und es kann nach Ansicht des §. 384 (jetzt 386) und 399 (jetzt 398) der Str.P.O. keinem Zweifel unterliegen, daß auch in diesem Falle sowohl dem Verurtheilten, als dem Staatsanwalt das Rechtsmittel des Rekurses, beziehungsweise die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kreisgericht und Oberhofgericht zusteht."

Daß durch §. 13 auch dem Staatsanwalt das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde eingeräumt werden wollte, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, indem hiernach die Beschwerde nicht blos darin bestehen kann, daß eine polizeiliche Strafbestimmung als giltig, sondern auch darin, daß eine solche Strafbestimmung als ungiltig angenommen wurde. In diesem letzteren Fall kann aber nur der Staatsanwalt ein Interesse und folgeweise das Recht haben, ein Rechtsmittel zu ergreifen.

Durch Erlaß des großh. Justizministeriums vom 13. Oktober 1864, No. 8883, sind auch die Staatsanwälte angewiesen, gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiter Instanz in Polizeistrafsachen, welche sich auf die Annahme der Ungültigkeit einer polizeilichen Strafbestimmung gründen, die Nichtigkeitsbeschwerde an das großh. Oberhofgericht zu ergreifen.

Damit glaube ich nachgewiesen zu haben, daß die Nichtigkeitsbeschwerde des §. 398 in den daselbst angeführten Fällen nicht blos von dem Verurtheilten und Privatankläger, sondern auch vom Staatsanwalt geltend gemacht werden kann. Haager.

Einige Worte der Entgegnung auf die voranstehende Abhandlung.

Da diese Abhandlung gegen unsere Ausführung in Band 34 S. 340 ff. dieser Blätter und gegen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes gerichtet ist, mögen, nach Anregung der geehrten Redaction, einige Gegenbemerkungen hier unmittelbar angereiht werden.

Zu I. Rekurs des Staatsanwalts zu Gunsten des Angeschuldigten nach Str.P.O. §. 386?

1) Die Beweisführung aus dem Rechte des französischen Staatsanwaltes zerfällt in sich selbst, weil die badische Gesetzgebung in Bezug auf die Staatsanwaltschaft und ihre Berechtigungen unstreitig einen selbstständigen Weg eingeschlagen hat, namentlich das Anfechtungsrecht blos zur Wahrung des Gesetzes mit Manchem, was damit zusammenhängt, grundsätzlich verworfen, überhaupt das staatsanwaltliche Anfechtungsrecht selbstständig, und zwar im Sinne maaßvoller Beschränkung desselben, geregelt hat, und weil, abgesehen hievon, der französische Staatsanwalt, wenngleich die Anstalt der Staatsanwaltschaft im Allgemeinen sich vorzüglich in Frankreich ausgebildet und anderen Staaten als Vorbild gedient hat, für unsere Zeit (Dank den Fortschritten deutscher Rechtswissenschaft und Rechtsausbildung) seinen Anspruch auf unbedingte Mustergültigkeit völlig verloren hat.

2) So ist denn auch die Behauptung, daß der Staatsanwaltschaft in Baden in der Hauptsache die gleiche Stellung und Aufgabe im Strafverfahren zugetheilt sei, wie in Frankreich, nur mit Vorsicht und mit angemessenem Vorbehalt hinzunehmen. Je nachdem man den Beisatz „in der Hauptsache" mehr oder weniger betont und dem Satz hienach eine mehr oder

Digitized by Google

weniger beschränkte Tragweite verleiht, zeigt sich die Behauptung als richtig oder unrichtig; eine im Wesentlichen gleiche Stellung und Berufsausdehnung der Staatsanwälte in beiden Ländern läßt sich mit Grund überall nicht behaupten, was für den Kundigen keiner näheren Ausführung bedarf. Das nämliche gilt wohl auch in Bezug auf die Staatsanwaltschaft in Preußen. Wir verweisen auf die in unserer Schrift „die deutschen Schwurgerichtsgesetze" S. 61 und 62 zusammengestellten bezüglichen Bestimmungen. Dabei ist auch die bekannte, mit Grund angefochtene Bestimmung des §. 9 der Verordnung vom 3. Juni 1849 nicht zu übersehen.

3) Die Vergleichung des Entwicklungsganges einer rechtlichen Einrichtung im eigenen Vaterlande und insbesondere des dem neuesten Recht unmittelbar vorhergegangenen Rechtes, erscheint, unseres Erachtens, zum richtigen Verständniß des gegenwärtigen Rechtes nicht blos gestattet, sondern höchst förderlich, und in einzelnen Fällen, wozu der vorliegende gerechnet werden darf, sogar geboten.

Man muß auch rückwärts, sowie vorwärts schauen, wenn man den gegenwärtigen Standpunkt des Rechtes gehörig erfassen will.

4) Ebenso muß man denn auch (dieser verwandte Punkt ist für das richtige Verständniß des Gesetzes nicht minder wichtig) bei Auffassung des Sinnes eines einzelnen Gesetzesartikels oder Gesetzestitels nicht blos auf diesen einzelnen Artikel und Titel, und auf dessen (wirklichen oder vermeinten) buchstäblichen Wortlaut, sondern wesentlich auch auf die anderen, nach Stellung, oder Sachgehalt damit in Verbindung stehenden Artikel und Titel, auf den Zusammenhang und Zusammenklang der verschiedenen Gesetzesbestimmungen, auf den Geist und das angenommene System des Gesetzes im Ganzen schauen, um sicher zu einem richtigen Ergebniß zu gelangen.

„Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere" sagt schon die altbewährte C. 24 D, de legibus.

Wenn vollends jeder einzelne Gesetzartikel, der auf dem Landtage nach Antrag einem Gesetzesentwurf beigefügt wurde, in dem besonderen Sinne genommen werden müßte, welcher etwa dem Urheber oder Miturheber des Antrags verborgen in seinem Haupte vorschwebte, ohne zu gehöriger Zeit irgendwie an das klare Licht zu treten, wie würde es dann um unsere Gesetzgebung und Rechtsprechung aussehen?

5) Die Auslegung, die der Vertheidiger der Gegenansicht, zugleich Commissionsberichterstatter der zweiten Kammer, dem von ihm selbst erstatteten Bericht jetzt zu geben sucht, ist nicht sowohl ein Auslegen desselben, als vielmehr ein Hineinlegen desjenigen, was dem Wunsch und der besonderen Anschauung des Verfassers entspricht.

6) Allerdings beruht das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zum Theil auf anderen Voraussetzungen als das Rechtsmittel des Rekurses, das nur in Bezug auf amtsgerichtliche Urtheile, also in geringeren Strafsachen, Statt findet. Aber gerade diese Unterscheidung führt ja auf die richtige Auslegung des §. 386 der Str.P.O., in Vergleichung mit §. 373 Ziff. 7 und §. 375 Ziff. 2.

7) Die Ansicht Ammanns, als Verfassers des Gesetzesentwurfes und Regierungscommissärs, in einer Frage, welche das Maaß der Ausdehnung der staatsanwaltlichen Macht betrifft, eine Ansicht, die auch der ursprünglichen Anschauung der Staatsregierung mehr entspricht, ist und bleibt hier von großem Gewicht, zumal gegenüber der Gegenansicht eines für größere Ausdehnung der staatsanwaltlichen Machtbefugnisse kämpfenden Staatsanwaltes.

8) Was die Frage des practischen Bedürfnisses betrifft, so gehören die für die Gegenansicht angeführten Fälle doch alle mehr oder weniger zu den Ausnahmsfällen, nach unserer Erfahrung und Ueberzeugung sogar zu den seltenen. Danach aber sind die Gesetze nicht zu regeln, und bei uns nicht geregelt. Ein zuweit gehendes Anfechtungsrecht in geringeren Sachen führt leicht zu unnützer Rechthaberei.

9) Der §. 4 der Str.P.O. geht auf alle im Strafverfahren thätigen Behörden und Beamten, etwas Besonderes für den Staatsanwalt, ein unbeschränktes Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft, kann daraus keineswegs abgeleitet werden.

10) Noch viel weniger spricht der §. 394 der Str.P.O. für die Gegenansicht, denn, wenn er festsetzt, daß dann, wenn Gericht und Staatsanwalt die Beschwerde des Verurtheilten für begründet ansehen, die öffentlich-mündliche Verhandlung umgangen werden kann, so ist dies ganz in der Ordnung, wenn auch der Staatsanwalt kein Rekursrecht zu Gunsten des Angeschuldigten hat.

Digitized by Google

Dagegen ist auf die Bestimmung des §. 396 der Str.P.O über Anschließung hinzuweisen, worin auch der Staatsanwalt mit dem Ausdruck der Gegentheil des Rekurrenten bezeichnet wird.

Wir beziehen uns in dieser Hinsicht auf das in Note 8 S. 342 unserer früheren Ausführung Gesagte, und berufen uns auch im Uebrigen auf die frühere Begründung.

Zu II. Beschwerde des Staatsanwaltes gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiten Rechtszuges nach Str.P.O. §. 398?

Es wird in der Vertheidigung der Gegenansicht behauptet, die Ansicht des höchsten Gerichtshofes und die unsere stehe mit dem Gesetze im offenbaren Widerspruch, allerdings eine starke Behauptung, viel minder stark scheinen uns aber die dafür aufgebotenen Gründe zu sein:

1) Vor Allem gilt das schon oben zu I. unter Ziff. 3. 4 und auch Ziff. 6 und 8 Bemerkte auch hier, insbesondere, was in Betreff der richtigen Auffassung und Auslegung des Gesetzes gesagt wurde.

2) Das in §. 398 der Str.P.O. vorbehaltene weitere Rechtsmittel gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiten Rechtszuges, im genannten Paragraphen selbst als Ausnahme von dem Grundsatz, daß gegen Urtheile zweiter Instanz ein weiteres Rechtsmittel nicht Platz greifen solle,[1]) deutlich bezeichnet und in seiner Tragweite möglichst beschränkt, erscheint seinem Wesen nach nicht als ein weiterer Rekurs, sondern als eine Art Nichtigkeitsbeschwerde, und zwar als eine grundsätzlich noch mehr als die gewöhnliche Nichtigkeitsbeschwerde beschränkte und zu beschränkende, ja als eine reine Nichtigkeitsbeschwerde selbst in strengerem Sinne, als die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile der Schwurgerichte und Strafkammern, weil sie den rekursartigen Fall des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. nicht mit umfaßt.

In §. 13 Abs. 3 des Gesetzes über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen wird das entsprechende Rechtsmittel auch ausdrücklich als Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnet. (Allerdings ist dort das Beschwerderecht aus besonderen Rücksichten, die bei Polizeistrafsachen in Betracht kamen, zur Sicherung einheitlicher Rechtsprechung im Gebiete der polizeilichen Strafgesetze und Strafverordnungen, etwas abweichend geregelt.[2])

Jedenfalls ist das Rechtsmittel des §. 398 seinem Wesen und der Sache nach unzweifelhaft eine Nichtigkeitsbeschwerde, wie auch die Rechtsübung unseres Wissens allgemein anerkennt.

Als Nichtigkeitsbeschwerde aber ist das Rechtsmittel dann auch wie eine solche Beschwerde, mit Vergleichung der Hauptgrundsätze über Nichtigkeitsbeschwerden, die im vorangehenden Titel 35 zu suchen und zu finden sind, aufzufassen und zu behandeln.

Hieraus ergibt sich für unsere Frage, daß die Schlußfolgerung: wer das erste Rechtsmittel (den Rekurs) hat, dem steht consequent auch das weitere (die Nichtigkeitsbeschwerde) zu, offenbar fehlerhaft ist. Der wesentliche Unterschied beider Rechtsmittel ist zu beachten; was vom Rekurs gilt, das gilt keineswegs folgerichtig mit Nothwendigkeit auch von der Nichtigkeitsbeschwerde.

3) Der §. 398 der Str.P.O. sagt, wenn man von dieser unrichtigen Schlußfolgerung absieht, gar nicht, wem das weitere Rechtsmittel zusteht, er bestimmt hierüber ausdrücklich gar nichts; wohl aber liefert derselbe mittelbar einen geeigneten Anhalt für eine vernünftige, dem Geist der Strafprozeßordnung und den angenommenen Hauptgrundsätzen über Nichtigkeitsbeschwerden entsprechende Auslegung, indem er bestimmt und ausdrücklich auf Nichtigkeiten der in §. 375 Ziff. 1. 3. 5. 6 bezeichneten Art hinweist und sich somit auf diesen kurz vorher gegebenen Paragraphen zurückbezieht.

Man muß hienach die auch hier geltenden Nichtigkeitsgründe aus Str.P.O. §. 373 entnehmen, und zwar so, wie man sie dort findet, in der bezeichneten und in keiner anderen Art. Zu ihrer Art gehört aber auch, vermöge einer grundsätzlichen Beschränkung, wesentlich, daß sie nur vom Verurtheilten (beziehungsweise zum Theil

[1]) Ein seit lange feststehender Grundsatz des badischen Strafprozeßrechtes. Vergl. das Rekursgesetz vom Jahr 1837 §. 2, auch das alte Strafedict vom Jahr 1803, §. 21. Derselbe ist auch im neuesten Strafprozeßgesetz als Regel anerkannt.

[2]) Vergl. die Begründung der Regierung zum Entwurf dieses Gesetzes, §. 13, desgleichen den Commissionsbericht der zweiten Kammer, ebenfalls zu §. 13. Im Commissionsbericht der ersten Kammer, wurde ebenso wie in der Regierungsbegründung hervorgehoben, daß in den Fällen, in welchen die rechtliche Gültigkeit einer Polizeivorschrift in Frage stehe, auch bei der geringsten Strafe eine Beschwerde bis zur höchsten Instanz zulässig sei (§. 13), rechtfertige sich durch die große prinzipielle, von der Höhe der Strafe ganz unabhängige Bedeutung dieser Fälle.

Digitized by Google

vom Privatankläger)[3]) geltend gemacht werden können, nur insoweit also gesetzlich als Nichtigkeiten gelten.

4) Die gegentheilige Auslegung würde zu einer auffallenden Grundsatzwidrigkeit und Grundsatzlosigkeit der Gesetzgebung im Gebiete der Rechtsmittel führen. Wenn auch unsere Strafprozeßgesetzgebung neben der Nichtigkeitsbeschwerde auch noch den Rekurs (für geringere Straffachen) beibehalten und insofern zweierlei verschiedene Systeme zusammen aufgenommen hat, was leicht einzelne Inconsequenzen zur Folge haben kann[4]), so ist dieselbe doch nicht in einer grundsatzwidrigen und grundsatzlosen Weise aufzufassen, wenn die Mittel erlaubter Gesetzesauslegung eine andere Auffassung ermöglichen.

5) Was für die Nothwendigkeit und Nützlichkeit des fraglichen Anfechtungsrechtes des Staatsanwaltes in geringeren Straffachen angeführt wurde, können wir durchaus nicht als zureichend anerkennen. Es handelt sich hier um Straffachen geringerer Art. An Bürgschaften für eine wohlgeordnete Rechtspflege hat es die Gesetzgebung auch hier keineswegs fehlen lassen (Schöffengericht, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, umfassenden Rekurs, Anschließungsrecht, wiederholte öffentlich-mündliche Verhandlung, neue Beweiserhebung u. s. w.) Auch hier hat der Staatsanwalt bei voller Kenntniß der Sache bis zum Urtheile des Obergerichts genügende Gelegenheit, für die Abwendung von Fehlern der fraglichen Art zu sorgen.[5]) Für etwaige (seltene) Ausnahmsfälle ihm hier (in geringeren Straffachen, bei der ihrer Natur nach beschränkteren Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile des zweiten Rechtszuges) ein weitergehendes Anfechtungsrecht einzuräumen, erschien weder nöthig, noch besonders zweckmäßig.

6) Aus dem schon oben, unter Ziff. 2, erwähnten §. 13 des Gesetzes über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistraffachen kann das fragliche Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes keinesfalls abgeleitet oder nachgewiesen werden, da die besondere Bestimmung, die, nach dem Obigen, aus ganz besonderen Rücksichten für Polizeistraffachen getroffen wurde, offenbar nicht zur Begründung des eben behaupteten allgemeinen Anfechtungsrechtes dienen kann.[6]) Man bezweckte durch Aufnahme dieser besonderen Bestimmung die Möglichkeit herbeizuführen, auch die wichtige Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer polizeilichen Strafbestimmung der Entscheidung des höchsten Gerichtshofes zu unterbreiten, eine Möglichkeit, die ohne solche besondere Vorsorge nicht vorhanden gewesen wäre.[7])

Hienach darf wohl die in der voranstehenden Abhandlung enthaltene Gegenausführung als in keiner Richtung begründet bezeichnet werden.

Wenn im Eingang derselben ausgesprochen wurde, das Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes werde in Baden mit einem Eifer, der einer besseren Sache würdig wäre, bekämpft, so erlauben wir uns zum Schlusse noch zu bemerken, daß wir unsererseits die Sache eines für die Ausdehnung der Rechte der Staatsanwaltschaft eifrig kämpfenden Anwaltes für keine schlechte halten, für eine bessere aber die Sache des Gesetzes und der Wahrheit.

Auch in Baden und von Seiten des obersten Gerichtshofes weiß man das gesetzlich begründete Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft in seiner vollen Ausdehnung zu wahren, wo es gilt. Ein jüngstes Beispiel liefert die oberhofgerichtliche Entscheidung in Sachen gegen Johann Schäfer von Buchen und Genossen wegen Diebstahls, mitgetheilt in diesem Jahrgang der Annalen S. 73 ff.

E. Brauer.

---

[3]) Der Eingang des §. 373 der Str.P.O. selbst nennt nur den Verurtheilten, §. 375 und 376 muß nothwendig damit in Verbindung gebracht werden. Die besondere, direkte Verweisung auf einige auch bei dem Rekurse anwendbare Paragraphen (in § 399), steht wie schon früher dargelegt wurde, nicht entgegen; sie geht auch ihrem Wortlaute nach und zunächst nur auf den Rekurs und hauptsächlich dessen Förmlichkeiten.

[4]) Namentlich, wenn bei der Landtagsverhandlung verschiedene Zusätze oder sonstige Abänderungen beigefügt werden.

[5]) Vergl. die bezüglichen Bemerkungen zu Str.P.O. §. 373 im Commissionsbericht der zweiten Kammer (von Haager).

[6]) In wieweit der genannte §. 13 überhaupt ein ausgedehnteres Anfechtungsrecht des Staatsanwaltes in der fraglichen Richtung begründet, bedarf hienach keiner weiteren Untersuchung. Es ist indeß zu beachten, daß es sich hier um Auslegung von Gesetzen handelt.

[7]) Note 2 oben.

Berichtigung
von Druckfehlern im Aufsatz No. 35.

Seite 76 Note 4 Zeile 8 von unten ist statt daß der zu lesen: daß in der;

Seite 77 Note 7 Zeile 4 von unten statt jetzt als bei der Hauptverhandlung: jetzt stets bei der Hauptverhandlung;

Seite 77 am Schlusse des Aufsatzes Zeile 4 und 5 von unten statt Strafactes: Straffalles.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Juni 1869. No. 3.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 5.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Juni 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 1. Juni.	
45	Späth gegen Späth. — Miteigenthum.	Eller.
27	Stadt Bruchsal gegen Bodenheimer. — Forderung. . . .	v. Feder. — Grimm.
	Donnerstag den 3. Juni.	
28	Butz gegen Wiggert. — Vertragsauflösung.	Barazetti. — Grimm.
49	Keller gegen Fuchs Gant. — Forderung und Vorzug. . .	Fuchs. — Gernandt.
	Dienstag den 8. Juni.	
21	Keller gegen seine Ehefrau. — Theilungsumstoßung. . . .	Grafmüller. — Eckhard.
24	Raithenbuch gegen Fürstenberg. — Holzabgabe. . . .	Esser. — Wedekind.
	Donnerstag den 10. Juni.	
20	Wiedemann gegen Back. — Eigenthumsfreiheit. . . .	Schulz. — Mays.
23	Göldner gegen Engelhard. — Forderung.	Mayer. — A Gutmann.
	Dienstag den 15. Juni.	
29	Kruse gegen Reinhard. — Vertragsauflösung. . . .	Fürst. — Grimm.
19	Schill gegen Schill. — Minderung einer Schenkung. . . .	Barbo. — Esser.
	Donnerstag den 17. Juni.	
22	Wasser gegen Mayer. — Wasserbenutzung.	Esser. — Barbo.
	Dienstag den 22. Juni.	
26	Ueberlingen gegen Fiscus. — Communionweinlieferung. . .	Barazetti.
12	Glitsch gegen Göhring. — Forderung.	Barbo. — Eller.
	Donnerstag den 24. Juni.	
35	Stöhr gegen Oberle. — Unterpfandsforderung. . . .	Esser. — Geißmar.
32	Marianische Solidarität gegen Freischulfond. — Eigenthumsanspruch.	Barazetti.

Digitized by Google

Verlag von J. Beusheimer in Mannheim.

Im Verlage des Unterzeichneten wird in Bälde erscheinen:

Zeitschrift
für
französisches Civilrecht.
Sammlung
von civilrechtlichen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte mit Erläuterungen und Literaturberichte.

Herausgegeben
von

Dr. Sigismund Puchelt,
Großherzoglich badischer Kreisgerichts-Director.

Es ist diese Zeitschrift bestimmt, zunächst die durch das Eingehen von „Lauckhard's Rechtsfälle" entstandene Lücke auszufüllen — sie wird jedoch nicht allein die merkwürdigen neuen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte unter eingehender Kritik derselben bringen, sondern werden in derselben auch alle erheblichen neuen Erscheinungen der juristischen französischen Literatur angezeigt und besprochen werden.

Auf die badische und rheinländische Literatur wird bei der Bearbeitung der einzelnen Rechtsfälle sorgfältig vergleichende Rücksicht genommen werden.

Jährlich werden drei einen Band bildende Hefte ausgegeben und beträgt der Preis pro Heft fl. 1. 12. Das erste Heft wird in kurzem erscheinen und nehmen alle Buchhandlungen Bestellungen an.

Mannheim, 1. Mai 1869.

Buchhandlung von J. Beusheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 7.**

32.

Die Einträge in das Grundbuch zum Zweck der Gewähr eines angezeigten Eigenthumsübergangs haben in der Regel erſt in der nächſten ordentlichen Gemeinderaths-Sitzung zu geſchehen.

Durch das Zuſammentreffen collidirender Einträge wird der Vorrang im Eigenthumserwerbe (L.R.S. 1583a) in Frage geſtellt.

In Sachen

des Peter Gebrig, von Pleutersbach, Klägers, Appellanten, Oberappellanten

gegen

Bürgermeiſter Philipp Rupp von dort, Gemeinderath Heinrich Gebrig, Gemeinderath Michael Zimmermann und Gemeinderath Adam Jakob daſelbſt, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten,

Entſchädigung betr.,

war die Klage dahin aufgeſtellt, daß das beklagte Ortsgericht vom Jahr 1856 die vom Kläger verlangte Eintragung eines von ihm mit Wilhelm Sohns von dort abgeſchloſſenen Liegenſchaftskaufes zum Grundbuch vorſchriftswidrig verzögert und dadurch möglich gemacht habe, daß ein, von jenem Verkäufer mit Anderen über dieſelben Liegenſchaften abgeſchloſſener, Kauf vor dem des Klägers vorgemerkt, und dieſe Käufer in Folge deſſen in Beſitz und Gewähr der Liegenſchaften geſetzt worden ſeien, wodurch dem Kläger ein beträchtlicher Schaden zugegangen ſei, welchen nun jenes Ortsgericht zu erſetzen habe.

Dieſe Klage war in den vorderen Inſtanzen hauptſächlich deßhalb abgewieſen worden, weil es an der gehörigen thatſächlichen Begründung darüber fehle, daß wirklich jene Handlungsweiſe des beklagten Ortsgerichts einen Schaden des Klägers unmittelbar zur Folge gehabt habe. Das großh. Oberhofgericht beſtätigte am 16. März 1869 die abweiſenden Urtheile, weil auf Seite des beklagten Ortsgerichtes kein Verſchulden angenommen werden konnte, welches deſſen Verpflichtung zum Schadenserſatz zu begründen vermochte.

Entſcheidungsgründe.

Das Geſuch um Eintragung des mit dem Kläger abgeſchloſſenen Kaufes unter Anſchluß der Vertragsurkunde wurde zwar bereits am 18. Februar 1856 dem Bürgermeiſter von Pleutersbach übergeben, und es war darin auch um ſofortige Eintragung und um Ausſtellung eines Zeugniſſes darüber nach L.R.S. 2199 gebeten. Allein da nach Ziff. 25 des II. Einf.Ed. hierlands die Ortsgerichte, beziehungsweiſe Gemeinderäthe, die Grundbücher zu führen, und nach §. 7 der Gewährbuchsinſtruction von 1824 in der Regel nur an den Gerichtstagen*) (m. vrgl. §. 55 der Gem.Ord.) die Einträge in dieſe Bücher vorzunehmen haben, ſo kann eine ungebührliche Verzögerung darin nicht gefunden werden, daß hierwegen eine außerordentliche Sitzung des Gemeinderaths nicht angeordnet, ſondern jenes Geſuch erſt in deſſen nächſter ordentlichen Sitzung am 21. Februar, alſo 3 Tage nach der Einreichung, zur Berathung vorgelegt wurde, — und zwar um ſo weniger, wenn, wie Beklagterſeits behauptet wird, der Bürgermeiſter dem Kläger ſofort bei der Uebergabe des Geſuches eröffnete, daß er daſſelbe dem Gemeinderathe bei dem nächſten Zuſammentritt vorlegen wolle, und letzterer ſich hiebei beruhigte. Jedenfalls hat Kläger, als er am 18. Februar und an den folgenden Tagen das verlangte

*) In §. 13 der durch Verordnung des großh. Juſtizminiſteriums vom 23. April 1868 verkündeten neuen Anleitung zur Führung der Grund- und der Pfandbücher iſt den Gewähr- und Pfandgerichten zwar die allgemeine Pflicht auferlegt, rechtmäßig verlangte Einträge ungeſäumt zu vollziehen, allein hier iſt offenbar nur von den Anträgen, welche unmittelbar in den Sitzungen der verſammelten Gewährgerichte an dieſe gerichtet werden, die Rede, wie ſich auch aus dem hierher einſchlagenden Muſter 1 (zu §§. 65—67) und deſſen Eingangsformel: „Vor dem Gemeinderath" — ergibt.

Wird das Begehren um Eintragung an den Bürgermeiſter als den Vorſitzenden des Gewährgerichts außerhalb der Sitzung gerichtet, ſo kann mehr nicht erwartet werden, als daß derſelbe die Bewirkung des Eintrags in der nächſten Sitzung vermittle.

Digitized by Google

Zeugniß über den geschehenen Eintrag nicht erhielt, die sofortige Vornahme des Eintrags nicht weiter betrieben, also dem Gemeinderathe nicht in bestimmterer Weise kundgegeben, daß er die Eintragung für so dringlich erachte, daß sie auch keinen Aufschub um einen oder ein paar Tage erlaube. ꝛc.

Was sodann die Obliegenheiten des beklagten Gemeinderathes bei der zugestandenermaßen stattgehabten Sitzung vom 21. Februar 1856 betrifft, so lag demselben schon damals die gerichtliche Ladungsverfügung vor, welche bezüglich des von dem Verkäufer W. Sohns über dieselben Liegenschaften mit Zimmermann und Guthärig abgeschlossenen Verkaufs ergangen war. Wenn daher der Gemeinderath nun auch zur Eintragung des Kaufes des Klägers geschritten wäre, so hätte er diese doch nur unter Hinweisung auf jene inzwischen erfolgte Einsprache und unter Vorbehalt deren Rechtswirkungen vornehmen können, und hätte jene Ladungsverfügung ebenfalls eintragen müssen. Unter diesen Umständen wäre aber der Kläger nicht durch einen nach §. 8 der Gewährbuchs-Instruction vollkommen zum Abschluß gebrachten Grundbucheintrag für seinen Kauf den früheren Käufern zuvorgekommen, wie nach L.R.S. 1583a zu einem Vorrang des Klägers erforderlich gewesen wäre. Der beklagte Gemeinderath hat daher jedenfalls dem Kläger nicht dadurch einen Schaden zugefügt, daß er am 21. Februar 1856 nicht neben der fraglichen richterlichen Ladungsverfügung auch den klägerischen Kaufvertrag, vielmehr letzteren erst auf nochmalige Anforderung des Klägers nachträglich am 1. April 1856 eingetragen hat.

Die Vorschriften der L.R.S.S. 2199 und 2200, welche sich auf die Pfandschreiber und die von diesen in gewissen Fällen vorzunehmende Transcription von Eigenthumsveränderungen z. B. im Fall des L.R.S. 2181. 2108 u. drgl. beziehen, sind auf die Führung des Grundbuchs, soweit diese die Gewähr des Eigenthumsüberganges bezweckt, nicht unbedingt anwendbar, wie sie auch in Ziff. 25 des II. Einf.Ed. und in der dort angekündigten Gewährbuchs-Instruction nicht aufgeführt sind; m. vergl. Brauer, Erläuterungen zu L.R.S. 2181 Bd. IV. S. 234—235.

Schon aus diesen Gründen erscheint daher die Abweisung der Klage gerechtfertigt. ꝛc. Red.

42.

Können Briefe von Zeugen, welche nach §. 106 der Str.P.O. das Zeugniß ablehnen können, und in der Hauptverhandlung von diesem Rechte Gebrauch machen, vorgelesen werden?

Der Absatz 2 des §. 240 der Str.P.O. entscheidet bekanntlich eine frühere Streitfrage. Nach den Ausführungen von Roßhirt in dem Magazin Bd. V. S. 425 sollte die Vorlesung zulässig sein, wenn die Angaben freiwillig erfolgen. Unter dieser Voraussetzung seien die Aussagen mit Recht zu den Akten gebracht worden, und der Zeuge habe, wenn er auch nicht deßhalb, weil er in der Voruntersuchung ausgesagt habe, zur Aussage in der Hauptverhandlung genöthigt werden könne, doch kein Recht darauf, daß dasjenige, was rechtsgültig als Erkenntnißquelle betrachtet und somit Theil der Akten wurde, in Folge seiner späteren Ablehnung der Wiederholung seines Zeugnisses unbenutzt bleibe.

Die entgegengesetzte Ansicht ist von Zentner im Magazin Bd. I. S. 466 und Brauer im Gerichtssaal Bd. VIII., I. Seite 240 ausgeführt; hiernach muß mit der Ablehnung das Zeugniß schlechthin aus dem Beweismaterial verschwinden.

In dem Regierungsentwurf der Prozeßordnung vom 18. März 1864 war die Frage bejaht; in dem Commissionsbericht von Prestinari zu §. 238 (jetzt 240) wurde darauf hingewiesen, wie es nicht gerechtfertigt wäre, darin, daß der Zeuge in der Voruntersuchung sich vernehmen ließ, einen Verzicht auf das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bei der Hauptverhandlung zu erblicken. Wollte man gleichwohl einen solchen Verzicht unterstellen, so wäre daraus zu folgern, daß der Zeuge in der Hauptverhandlung Zeugniß zu geben verpflichtet sei und wenn er dasselbe verweigern würde, wäre nicht seine in der Voruntersuchung gemachte Aussage zu verlesen, sondern es wäre gegen ihn, wie gegen jeden anderen Zeugen, der ohne gesetzlichen Grund das Zeugniß verweigert, nach §. 255 der Str.P.O. zu verfahren. Gesteht man aber dem Zeugen das Recht zu, in der Hauptverhandlung noch das Zeugniß zu verweigern, nachdem er in der Voruntersuchung sich hat vernehmen lassen, so erscheint dieses Zugeständniß fast wie ein Hohn, wenn man gleichzeitig die in der Voruntersuchung von dem Zeugen gemachte Aussage verlesen läßt, und

Digitized by Google

ihn hierdurch nöthigt, entweder dieses Zeugniß als das seinige gelten zu lassen, oder ein anderes abzulegen.

In Consequenz dieser Ausführung wurde in §. 240 der Str.P.O. bestimmt, daß die in der Voruntersuchung gemachten Aussagen solcher Zeugen, welche das Zeugniß ablehnen können, und in der Hauptverhandlung von diesem Rechte Gebrauch machen, nicht vorgelesen werden dürfen.

In §. 241 der Str.P.O. für Oestreich vom 29. Juli 1853 und in §. 289 der Str.P.O. für das Königreich Sachsen vom 13. August 1855 findet sich die gegentheilige Vorschrift. Die preußische Gesetzgebung befreit die nahen Angehörigen in sofern nicht vom Zeugniß, als sie zur Aufklärung der Sache vernommen werden können, und das Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 25 gestattet die Vorlesung eines jeden Aktenstückes.

Die Eingangs aufgestellte Frage, ob Briefe eines solchen Zeugen vorgelesen werden dürfen, ist in §. 240 der Str.P.O. nicht entschieden. Man wird zunächst prüfen müssen, ob im einzelnen Falle der Brief seinem Inhalt nach die Natur einer schriftlichen Zeugenaussage hat; wenn also z. B. die Frau des Angeschuldigten dem Untersuchungsrichter im Laufe der Untersuchung einen Brief schreibt und darin Angaben macht, oder wenn als Bestandtheil des Protokolls eine schriftliche Erklärung beigelegt wird, so dürfen diese Schriftstücke so wenig als das Protokoll selbst vorgelesen werden, sofern in der Hauptverhandlung das Zeugniß verweigert wurde.

Hingegen wird der Vorlesung von Briefen, welche der Zeuge an den Angeschuldigten oder dritte Personen geschrieben hat, nichts entgegenstehen, sofern deren Inhalt nicht die Natur einer Zeugenaussage hat, und schon deßhalb nicht, weil sich der Zeuge durch die Aussolgung des Briefes seiner Dispositionsbefugniß entschlagen hat. So wurde in der Schwurgerichtsverhandlung gegen Franz Ferg von Bruchsal wegen Mordversuchs entschieden. Nach Einleitung der Untersuchung ordnete der Untersuchungsrichter eine Haussuchung bei dem Angeklagten und der von ihm verwundeten Ehefrau an. Man fand bei dem Manne mehrere Briefe seiner Frau, welche über das eheliche Verhältniß Aufschluß geben. Frau Ferg, welche in der Voruntersuchung Zeugniß gegeben hatte, entschlug sich dessen in der Hauptverhandlung; der Vertheidiger beantragte in Uebereinstimmung mit großh. Staatsanwaltschaft die Verlesung der erwähnten Briefe, der Gerichtshof gab diesem Antrag statt, und zwar in Anbetracht, daß Briefe, welche früher ein solcher Zeuge an den Angeklagten geschrieben hat, außergerichtliche Aeußerungen sind, welche ebensogut, wie frühere von einem solchen Zeugen gegenüber einem Dritten gemachte Aeußerungen vor Gericht noch zur Sprache kommen können, und in fernerer Erwägung, daß der Absender sich des Eigenthums an den Briefen durch die Absendung entäußert und die Veröffentlichung des Inhalts derselben der Diskretion des Eigenthümers anheimstellt.

Angenommen der Untersuchungsrichter hätte bei der Frau Ferg Briefe gefunden, welche ihr Mann geschrieben hat, so wäre deren Vorlesung gleichfalls zweifelsohne zulässig erschienen; denn es handelt sich ja um Briefe, welche der Angeklagte, und nicht um solche, welche die zur Entschlagung des Zeugnisses berechtigte Angehörige geschrieben hat. Fraglich war nur, ob die Wegnahme der Briefe an und für sich gerechtfertigt sei, und in dieser Richtung ist §. 128 der Str.P.O. maaßgebend, wornach die Personen, welche nach §. 106 und 107 zur Ablehnung des Zeugnisses berechtigt sind, nur von den Strafen wegen verweigerter Vorlage nicht aber von der Beschlagnahme der Urkunden befreit werden.

Wenn also die Frau auch nicht verpflichtet war, die Briefe ihres Mannes vorzulegen, so können solche, wenn sie einmal vorgelegt sind, sei es nun freiwillig oder in Folge richterlicher Verfügung, vorgelesen werden.

Bei Dalloz Bd. 28 Instruction Criminelle Tit. 2 Cap. 4 Nr. 2297 finden wir eine Entscheidung, wo die von dem Vertheidiger beantragte Verlesung eines Briefes, welchen die Frau des Angeschuldigten geschrieben hatte, und welcher die Natur einer Zeugenaussage (le caractère d'une déclaration) hatte, nicht vorgelesen, und die deßhalb erhobene Cassation verworfen wurde.

Dabei kommt aber zu bemerken, daß der französische Code d'instruction criminelle eine Bestimmung darüber, daß nahe Angehörige des Angeschuldigten von dem Zeugniß befreit sind, nicht enthält, sondern nur für die Hauptverhandlung der tribunaux de simple police und correctionels (Art. 159—189) und der Cours d'assises (Art. 322) verbietet das Gesetz die Vernehmung der Aszendenten, Deszendenten und Geschwister und Ehegatten mit dem Bemerken, daß ihre Vernehmung keine Nichtigkeit bewirken soll, wenn sie ohne Einspruch des Staatsanwalts, Vertheidigers oder der Civilpartei erfolgt.

Bezüglich des Verlesens von Aktenstücken hat die französische Praxis, obwohl der Code d'instruct. crim. von

Digitized by Google

dem Satze des Artikels 317: „les temoins déposeront oralement“ keine Ausnahme macht, die Rechtfertigung für die dem Präsidenten beigelegte Befugniß gefunden, jede in der Voruntersuchung protocollirte Zeugenaussage, gleichviel ob der Zeuge zur mündlichen Verhandlung geladen ist oder nicht, in der letzteren vorlesen zu lassen. Vergleiche die 1868 erschienenen II Bände von Zachariä Strafprozeß S. 368. Es kommt bei einem Brief, welchen ein nach Artikel 159. 189. 322 ablehnbarer Zeuge geschrieben hat, darauf an, ob derselbe le caractére d'une declaration hat, und ob von den Parteien Einsprache erhoben wird.

Die Briefe der Frau Ferg an ihren Mann wären daher auch vor einer französischen Jury zweifelsohne zur Verlesung gekommen. Blittersdorff.

43.

Die Verjährung des §. 194 des Str.G.B. findet auf die Landesverweisung keine Anwendung.

J. A.S.

gegen

Johann Knoblauch von Frankenthal,

wegen Bruchs der Landesverweisung,

war in der Nichtigkeitsbeschwerde ausgeführt, daß, weil die Landesverweisung in dem Strafurtheil vom 13. August 1841 gegen den Angeklagten nicht als lebenslängliche ausgesprochen worden sei, dieselbe als verjährt gelten müsse, und deßhalb der Bruch derselben nicht mehr strafgerichtlich verfolgt werden könne.

Diese Beschwerde wurde am 13. März 1869 als unbegründet verworfen aus folgenden

Gründen:

Weder das frühere Strafedict im §. 33 noch auch das jetzt geltende Strafgesetz kennen eine Landesverweisung auf eine bestimmte Zeitdauer; wo eine solche daher in einem Strafurtheil ausgesprochen ist, erscheint damit immer die lebenslängliche gemeint, bei welcher schon an sich, sowenig wie bei der lebenslänglichen Zuchthausstrafe von der Verjährung die Rede sein kann, woraus sich schon erklären würde, warum im alleg. §. 194 weder von der einen, noch von der andern Erwähnung geschieht.

Das Str.G.B. kennt aber die Erlöschung durch Verjährung überhaupt nur bei der strafgerichtlichen Verfolgung und bei erkannten Strafen; als eine Strafe ist aber nach §. 18 und 43 des Str.G.Buchs die Landesverweisung nicht zu betrachten, sondern sie soll gegen den Ausländer nur als Folge einer gegen ihn erkannten Zuchthaus- und beziehungsweise Arbeitshausstrafe, eintreten, und es soll hierdurch, sowie durch die auf den Bruch derselben gedrohte Strafe nur ein Schutzmittel gegen die Wiederkehr eines solchen Individuums in das Großherzogthum gewährt werden. Es kann daher überhaupt die Verjährung des §. 194 auf die Landesverweisung keine Anwendung finden, was sich insbesondere auch daraus ergibt, daß der §. 195 des Str.G.B ausdrücklich bestimmt, daß jene Folge der erkannten Strafe nicht einmal mit der Verjährung der Strafe selbst erlösche.

Red.

44.

Simultankirche.

In den Annalen XXXIII. No. 105 S. 267 No. 106 S. 271 wurde der Rechtsstreit in Sachen des katholischen Kirchenfiscus gegen die evangelisch-protestantische Kirchspielsgemeinde Ottenheim, Besitzstörung betreffend, mitgetheilt. Diese Mittheilungen sollen hier mit Nachstehendem vervollständigt werden.

In Folge des oberhofgerichtlichen Ausspruchs, daß das großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg, Appellationssenat, anzuweisen sei, in der Sache selbst richterliches Erkenntniß zu erlassen, wies dieser Gerichtshof die Klage ab. Er ging davon aus, daß die erhobene Besitzklage dem §. 662 der Pr.O. nicht genüge, weil sie keinen Grund anführe „der die Meinnung eines Eigenthumserwerbes begründen könne,“ indem das bestehende Simultaneum keine Vermuthung für ein Eigenthum oder Miteigenthum, sondern nur für das Recht eines gemeinsamen, verschiedener Regelung fähigen Genusses liefere, und nahm ferner an, daß nach Lage der Sache die Personen, welche den festen Altar errichten ließen, nicht Namens der evangelischen Kirchengemeinde, sondern Namens der politischen Gemeinde gehandelt hätten, daß es daher an der Passivlegitimation der beklagten Kirchengemeinde mangle. Das großh. Oberhofgericht bestätigte das appellationsgerichtliche Erkenntniß, indem es annahm, es sei dem klagenden Theile nicht gelungen, genügend thatsächlich zu begründen, daß die Mitglieder des evangelischen Kirchengemein-

Digitized by Google

derath's, welche den Altar erbauen ließen, in dieser ihrer amtlichen Eigenschaft, somit als Organ und als Vertreter der evangelischen Kirchengemeinde thätig gewesen seien, indem es mithin gleich dem Appellationssenate das Vorhandensein der Passivlegitimation des beklagten Theiles beanstandete. Roßhirt.

45.

Der auf Zahlung des Kaufpreises belangte Käufer eines Hauses trägt in der Vernehmlassung, daß bedungen worden, das Haus befinde sich in gutem baulichen Stand, daß dieses aber nicht der Fall sei, nicht eine Einrede, sondern einen Widerspruch des unbeschränkten Kaufabschlusses vor, welchen der Kläger zu beweisen hat.

§§. 384. 385 der Pr.O.

S. Annalen 1867 No. 18 Ziff. 58 S. 143. 144; No. 30 Ziff. 101 S. 235 ff.

J. S.

des Uhrenfabrikanten Karl Maier in Villingen, Klägers, Appellanten, Oberappellaten,

gegen

den Stärkefabrikanten Joh. Baptist Schrenk von da, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Vertragserfüllung betr.,

waren beide Theile darüber einig, daß am 25. Oktober 1867 der Beklagte dem Kläger ein Haus für 3500 fl. abgekauft hat. Während jedoch der Kläger nach den in der Klage angeführten Thatsachen einen unbeschränkten Kaufsabschluß behauptet hatte, hat der Beklagte seinem Zugeständniß den Zusatz beigefügt, es sei dabei bedungen worden, daß sich das Haus in gutem Zustande befinde und Nichts daran einer Reparatur bedürfe, als zwei Zimmerböden, eine Vertragsverabredung, welche Kläger widersprochen hat. Da aber bereits durch das Gutachten eines Sachverständigen nachgewiesen war, daß das verkaufte Haus bezüglich der vom Beklagten bezeichneten speziellen Punkte sich in einem schlechten Zustande befindet und erheblicher Reparatur bedarf, so hing von dem bestrittenen Theile des Vertragsinhalts die Entscheidung des Rechtsstreits ab, und es fragte sich daher, welche Partei hinsichtlich dieses Punktes beweispflichtig sei. Der Appellationssenat hatte die Vernehmlassung des Beklagten als ein Zugeständniß des Klaggrundes in Verbindung mit einer eigentlichen Einrede angesehen und demgemäß den Beklagten zum Beweise des seinem Zugeständnisse beigefügten Zusatzes für schuldig erklärt und sodann auf den als einziges Beweismittel dem Kläger zugeschobenen Eid erkannt. Die gegen dieses Urtheil gerichtete Oberappellation des Beklagten stellte sich als begründet dar. Die Entscheidungsgründe des großh. Oberhofgerichts zum Urtheil vom 4. Februar 1869, besagen nämlich:

Es erscheint als unrichtig, daß die dem Geständniß des Beklagten beigefügte Beschränkung eine Einrede erhält. Denn die Zusage einer guten, keiner Reparatur bedürfenden Beschaffenheit des Hauses soll schon bei Abschluß des Vertrags festgesetzt worden sein; die deßfallsige Verabredung bildet daher, wenn solche wirklich getroffen wurde, einen Theil des Kaufvertrags selbst und verhindert, da die versprochene gute Beschaffenheit des Hauses bewiesenermaaßen nicht vorhanden ist, die Entstehung des klagend geltend gemachten Rechts, wogegen die Einrede gerade umgekehrt die Entstehung desselben voraussetzt, aber als durch einen späteren Vorgang wieder aufgehoben darstellt. Insbesondere kann man den beschränkenden Zusatz, welchen der Beklagte seinem Geständnisse beifügte, nicht, wie es vom Appellationssenate geschehen zu sein scheint, als eine auflösende Bedingung ansehen, da es sich um keine künftige und ungewisse Begebenheit handelt, von deren Eintritt die Wiederaufhebung des bereits in Rechtswirksamkeit getretenen Vertrags abhängig gemacht wurde, sondern um ein gegenwärtiges und nur den Parteien etwa noch unbekanntes thatsächliches Verhältniß, auf dessen Dasein der Vertragsabschluß überhaupt gebaut worden ist, so daß derselbe als ein unbedingter betrachtet werden muß.

Man vergl. Zachariä, §. 302, insbesondere Note 1.

Die erwähnte Vernehmlassung des Beklagten enthält in ihrem Zusammenhange auch kein Zugeständniß des Klaggrundes, sondern einen motivirten Widerspruch oder eine indirekte Verneinung des nach der Darstellung des Klägers geschehenen unbeschränkten Vertragsabschlusses; denn durch dieselbe erklärt der Beklagte, daß das Uebereinkommen mit dem Inhalt, wie ihn der Kläger behauptet und woraus das klagend verfolgte Recht abgeleitet wird, nicht zu Stande gekommen sei, so daß der Kläger es ist, welcher den von ihm festgestellten Ver-

Digitized by Google

tragsinhalt beweisen muß, auf Grund der §§. 384 und 385 der Pr.O., wodurch nach der Entstehungsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmungen lediglich die gemeinrechtliche Doktrin über das qualifizirte Geständniß wieder hergestellt werden sollte. Hiernach ist die Streitfrage nach wiederholten diesseitigen Entscheidungen in obigem Sinne zu beantworten, die Beweislast dem Kläger zuzuscheiden und auf den von ihm zur Beweisführung dem Beklagten zugeschobenen Eid zu erkennen, wie es vom Untergericht geschehen ist.

Mit Unrecht beruft sich der Kläger, um sich der Beweislast zu entziehen, auch auf §. 384 a. E. der Pr.O. und L.R.S. 1352, wonach, wenn für eine Behauptung eine Rechtsvermuthung spricht, dieselbe auch ohne Beweis für wahr zu erachten ist. Als solche macht er die Vorschrift des L.R.S. 1642, wornach der Verkäufer für keine offene Fehler verantwortlich ist, geltend. Allein nach L.R.S. 1584 können die Contrahenten beim Abschluß eines Kaufs beliebige Bestimmungen treffen und insbesondere kann nach L.R.S. 1627 die Gewährleistungspflicht mittelst Uebereinkunft der Parteien beliebig modifizirt, gesteigert, gemindert oder selbst aufgehoben werden, woraus erhellt, daß für oder gegen besondere Vertragsbestimmungen keine gesetzliche Vermuthung spricht. ꝛc. Red.

46.

Fortsetzung von Annalen XXXIV. No. 20 S. 309 ff.

Das Strafgesetzbuch gibt Aufschluß darüber, welche Merkmale einer That das Anklagerecht begründen. Da letzteres durch Thatsachen und durch ein Gesetz, unter welches jene subsumirt werden, bedingt ist, so muß die Privatanklage enthalten:

1) eine historische Darstellung der Thatsachen, wodurch das in der Anklage behauptete Vergehen entstanden ist (faetischer Klaggrund). Das historische Ereigniß, auf welches die Anklage sich gründet, ist hier nach seinen für den gesetzlichen Thatbestand wesentlichen Einzelheiten vorzutragen (Individualisirung, zum Unterschied von Specialisirung) in der Weise, daß aus diesen Thatsachen die Physiognomie des verfolgten Vergehens erkennbar hervortritt.

   Vergl. §. 207 Ziff. 1, 216 Ziff. 2, 296 der Str.P.O.

   Die Beweise hiefür, sowie Umstände, welche auf die Strafausmessung von Einfluß sind, können sogleich im Klagvortrag oder auch im Laufe des Verfahrens geltend gemacht werden, von Amtswegen sind weder die dem Ankläger günstigen Beweise noch Straferschwerungs- oder Erhöhungsgründe zu berücksichtigen.

   §. 245 vergl. mit §. 318 der Str.P.O.

   Ammann, zu §. 207 der Str.P.O.

   In geeigneten Fällen hat der Ankläger z. B. als Vormund zugleich seine Legitimation darzuthun;

2) eine Vergleichung dieser Thatsachen mit dem Gesetze, dessen Anwendung begehrt wird, d. i. die Behauptung und nöthigenfalls den Nachweis des Vorhandenseins der gesetzlichen Merkmale des verfolgten Vergehens in den erzählten Vorgängen (Bezeichnung des Vergehens — Rechtsklagegrund im Gegensatz von Rechtsgrund).

   Der gesetzliche Charakter der That ist hier in der Art darzustellen, daß die gesetzlichen Merkmale des Vergehens sich ausgeprägt zeigen in dem concreten Ereignisse. Da die gesetzliche Bezeichnung der Anklagevergehen eine allgemein verständliche Bedeutung haben, z. B. Gewaltthätigkeit, Ehrenkränkung, so mag man damit die gesetzlichen Merkmale zusammenfassen; notwendig ist eine solche Benennung so wenig als die Anführung des bezüglichen Gesetzesparagraphen;

3) die bestimmte Willenserklärung des Anklägers, daß das Vergehen untersucht und bestraft werde, mit oder ohne Antrag auf das Strafmaß.

Ist ein Strafantrag gestellt, so darf er nicht überschritten werden; ist kein oder ein gesetzlich unstatthafter (z. B. hinsichtlich der Strafart) Strafantrag gestellt, so wird ein dem Gesetze entsprechender Antrag unterstellt.[1])

Diesem wesentlichen Inhalte sind zuweilen noch Nebengesuche und deren Begründung z. B. auf Sicherheitsleistung, Verhaft, Schadensersatz u. s. w. beigefügt.

Aus allem diesem ergibt sich, daß die Privatanklage sogleich von vorneherein eine bestimmte Gestalt annimmt sowohl in Beziehung des thatsächlichen Materials als hinsichtlich dessen rechtlicher Verwerthung. Beide bilden, dem Anklageprinzip entsprechend, eine unverrückbare, von

[1]) Ueberhaupt gilt auch im Privatanklageverfahren der allgemeine Grundsatz, daß die Prozeßformen keine Fallstricke für das Recht der Parteien sein sollen — Stabel, Prozeß S. 30.

Digitized by Google

allen Betheiligten (Partien und Richter) zu respectirende Grundlage für das weitere Verfahren. [2])

Hinsichtlich der äußeren Form der Privatanklage besteht nur die Vorschrift, daß sie entweder schriftlich durch Einreichung der Klage oder mündlich zu Protokoll zu erheben ist.

Die Einhaltung dieser Form ist nothwendig und bildet die Voraussetzung des Verfahrens, ohne welche dieses der erforderlichen Grundlage entbehren würde.

Hinsichtlich der inneren Form ist es zweckmäßig, mit der Geschichtserzählung zu beginnen, ihr sodann deren rechtliche Qualification und dieser das Strafgesuch anzureihen.

Auch bezüglich der Geltendmachung der Beweise ist keine besondere Form vorgeschrieben, es genügt deren Angabe und soweit nöthig, die Bezeichnung der durch sie zu beweisenden Thatsachen.

Verfolgt der Privatankläger mit der Anklage zugleich seine Entschädigungsansprüche, so kommen hinsichtlich dessen die §§. 329 ff. der Str.P.O. in Anwendung, ohne daß solches im Uebrigen auf Inhalt oder Form der Anklage von besonderem Einfluß ist.

[2]) Die zum Gegenstand einer Privatanklage gemachte That wird daher nicht nach ihrer vollen historischen Beschaffenheit (wie solches im gewöhnlichen Verfahren geschieht), sondern nur in der Richtung des vom Ankläger geltend gemachten Sachverhaltes untersucht und bestraft — jedoch vorbehaltlich der Ermittlung aller zu Gunsten des Angeklagten sprechenden Umstände.

In diesem Punkte zeigt sich zwischen Privatanklage und Strafklage des Staatsanwalts eine wesentliche Verschiedenheit.

Letztere ist zwar gleichfalls bestimmt, als Grundlage zu dienen a) für den Ankläger, insofern er an die Anklagethatsachen gebunden ist, — b) für den Angeklagten, insofern er seine Rechtfertigung auf diese Thatsachen zu beschränken berechtigt, — c) für das erkennende Gericht, insofern dieses in seiner Verhandlung und Entscheidung immerhin auf die in der Anklage angeführte concrete That in ihren wesentlichen Merkmalen und auf die darin genannten Thäter beschränkt ist. Allein der Privatankläger legt sich für seine Anklage den Stoff zurecht und das Gericht hat darüber in dieser Form zu entscheiden. Dem Staatsanwalte wird der Stoff durch den Verweisungsbeschluß zurecht gelegt, an den er sich zu halten hat, während das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafklage seinerseits dem wahren Sachverhalt gemäß entscheidet unter Wahrung obiger Grenzen ꝛc.

Die Strafklage ist daher ihrem Wesen nach nur die Reproduktion und Vertretung eines gerichtlichen, auf Antrag des Staatsanwalts zwar erlassenen, seinen Stoff aber der Voruntersuchung entnehmenden Zwischenerkenntnisses, an das hinsichtlich der Bezeichnung des Verbrechens weder der Staatsanwalt noch das erkennende Gericht schließlich gebunden ist.

§. 210. 245. 208. 248. 277 der Str.P.O.

§. 8.

Aenderung — Berichtigung — Ergänzung der Privatanklage.

Wie schon oben angedeutet ist, wird bei Privatanklagen zufolge des dem Ankläger zustehenden Dispositionsrechtes die strafbare That nicht nach ihrem vollen und wahren Bestande, sondern unter Beschränkung auf die vom Ankläger hervorgehobenen thatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte untersucht und bestraft. Letzteres setzt einerseits strenges Festhalten an der Anklage voraus und hat anderseits Einfachheit, Sicherheit und Kürze des Verfahrens sowie Erleichterung der Vertheidigung zur Folge.

Gemäß §. 318 der Str.P.O. können die thatsächlichen Anführungen der Anklage im Laufe des Verfahrens berichtigt und ergänzt werden.

Daraus folgt, daß

1) eine Aenderung des thatsächlichen Klaggrundes unstatthaft ist, d. h. daß die Geschichtserzählung in ihrem wesentlichen Sachverhalte nicht geändert werden kann.

   Wesentliche Thatsachen sind (vrgl. §. 7 Ziff. 1):

   a) die Partien — §. 3 der Str.P.O. —; so kann z. B. A., der in eigener Person als Verletzter aufgetreten ist, später nicht als Vormund des B. seine Klage weiter verfolgen. Berichtigungen und Ergänzungen finden auch hier statt, z. B. zur genaueren Bezeichnung einer Partie oder ihrer Legitimation, sofern dadurch nur nicht die Identität der betreffenden Person in ihrer civilrechtlichen Eigenschaft in Frage gestellt wird und damit der Vertheidigung Abbruch geschieht,

   b) jene Thatsachen, in welchen sich bei ihrer Vergleichung mit den gesetzlichen Erkennungszeichen des behaupteten Vergehens dessen Thatbestand im concreten Fall ausgeprägt findet. Die Identität der That in ihren rechtlich wesentlichen Merkmalen ist hiernach festzuhalten. Eine Aenderung alles Thatsächlichen, was jenseits dieser Begrenzung liegt, fällt unter den Begriff der Berichtigung oder Ergänzung und ist erlaubt.

Bei der Frage über die Zulässigkeit einer thatsächlichen Aenderung oder eines Beisatzes bildet die Rücksicht auf die Vertheidigung des Angeklagten

Digitized by Google

das Hauptkriterium, insofern diese dadurch keine Schmälerung erleiden darf, [3])

2) daß die Bezeichnung des verfolgten Vergehens oder die rechtliche Charakterisirung der That nicht geändert oder berichtigt werden darf. Denn diese rechtliche Verarbeitung und Verwerthung des thatsächlichen Materials ist es, welche dem ganzen Verfahren den festen Halt gewährt. [4])

Ueber die Frage, von welchem Zeitpunkte an eine Klagänderung als unstatthaft erscheint, hat das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift. Mit Rücksicht auf den Grund der Unzulässigkeit einer Klagänderung, Sicherheit des Verfahrens und der Vertheidigung, sowie nach Analogie des §. 64 vergl. mit §. 211 ff. der Str.P.O., tritt jener Zeitpunkt mit der Zustellung der Anschuldigungsverfügung (§. 185. 186) an den Angeklagten ein. Annalen XXVI. S. 52. Etwaige vorausgehende gerichtliche Vorgänge und Verfügungen in der Sache berühren diesen nicht, dagegen erhält er mit jenem Zeitpunkt das Recht, zu verlangen, daß die Anklagesache in der vorgelegten Form untersucht und erledigt werde. Bis zu diesem Zeitpunkte leidet auch durch eine etwaige Aenderung die Sicherheit des Verfahrens keineswegs und so liegt demnach auch von Seiten des Gerichts kein Grund vor, einer Anklageänderung vor jenem Zeitpunkt entgegenzutreten.

Ueber den Einfluß der Verbesserungen und Abänderungen der Anklage auf den Kostenpunkt wird unten das Nähere gesagt werden. Vergleiche vorläufig hierüber Zachariä, Strafprozeß II. Theil S. 703 ff.

---

[3]) Hiernach wird an die Stelle der in der Anklage behaupteten nicht eine andere beleidigende Aeußerung ohne Zustimmung des Angeklagten gesetzt werden dürfen, synonyme Ausdrücke, z. B. Schuft, Schurke, Halunke, ausgenommen. Es darf daher z. B. der Ausdruck „gemeiner Kerl" nicht in „schlechter Kerl" oder Jauner in Mordbrenner oder Lump, in Esel oder Flegel, in Vieh oder ehrlose Dirne, in Hure" umgeändert werden — vergl. §. 291. 294. 305/7 des Str.G.B. Dagegen ist es keine unstatthafte Aenderung, wenn Ankläger den beleidigenden Vorgang statt in das Wirthshaus später in ein Privathaus oder auf die öffentliche Straße versetzt, oder wenn er den in einem Aufsatze oder Brief angerufenen angeblich beleidigenden Stellen später weitere Stellen desselben Schriftsatzes oder auch dessen Gesammtinhalt anfügt. Auch der im Magazin IV S. 250 mitgetheilte Fall gehöret hieher, insofern der Ankläger sich die Ergänzungen zu Nutze macht. Ueberhaupt sind Einzelnheiten des Vorfalls, so weit sie blos Nebenumstände enthalten und daher in der Regel auch Zeit-, Orts- Zahlenangaben sowie die historische Umgebung der That der Aenderung (Berichtigung und Ergänzung) zugänglich. Vergl. jedoch §. 323/25. 190 des Str.G.B., § 320 der Str.P.O.

[4]) Die §§. 245 Abs. 2 und 248 sind auf Privatanklagen nicht anwendbar. Vergl. Ammann zu § 247 No. 5. 8.

Hat Jemand durch dieselbe Handlung verschiedene Anklagevergehen verübt z. B. Körperverletzung und Realinjurie, so findet weder eine gleichzeitige noch successive Verfolgung beider Vergehen in demselben Verfahren statt, sowohl mit Rücksicht auf den Grundsatz: non bis in idem, als auf die durch solche Verbindung nothwendig eintretende Verwirrung.

Wohl aber ist unter Umständen eine successive Geltendmachung der verschiedenen Rechtsverletzungen in getrenntem Verfahren statthaft. Vergl. Buchelt zu §. 238 S. 337/38 — zu §. 320 S. 471/72 — zu §. 293 S. 427 und zu §. 182 S. 249.

47.

Derjenige, welcher für den Mitkäufer einer Liegenschaft einen Theil des Kaufpreises an den Verkäufer zahlt, tritt zwar in das Vorzugsrecht des Letzteren nach L.R.S. 1251 Ziff. 3 ein, steht aber dem Vorzugsrecht des Verkäufers für den Rest des Kaufpreises nach.

Die Ergänzung der Anmeldung einer Forderung im Sinne des §. 253 der Pr.O. ist auch nach dem Präclusivbescheid noch statthaft.

In Sachen
des Martin Kübeleberle von Pforzheim, zur Zeit in Cannstatt, Liquidanten, Appelaten, Oberappellanten,
gegen
die Gantmasse des Karl Dittler von Pforzheim, Liquidatin,
hier gegen
Gustav Dittler von da, Mitliquidanten, Appellanten, Oberappellaten,
Vorzugsrecht betreffend.

Der Oberappellant Kübeleberle, welcher an Karl und dessen Bruder Gustav Dittler ein Haus um 18,500 fl. verkauft und durch Grundbucheintrag vom 11. Juli 1865 als Verkäufer das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 Ziff. 1. gewahrt hatte, machte gegen die Gantmasse des Karl Dittler in der Liquidationstagfahrt vom 28. April 1866 seine Kaufschillingsrestforderung im Betrag von 15,191 fl. 52 kr. sammt Zins mit Vorzugs-

Digitized by Google

recht in III. Ordnung geltend; die Forderung wurde aber widersprochen und in einer späteren Tagfahrt vom 5. Juni 1866 nur zur Hälfte anerkannt, worauf weitere besondere Verhandlungen hierüber angeordnet wurden. Zu diesem Zwecke ward dem Liquidanten aufgegeben, binnen 14 Tagen eine schriftliche Liquidationsklage einzureichen.

In der hierauf eingereichten Liquidationsklage vom 3. September 1866 begründete Kübeleberle seinen, jetzt auf die Hälfte (7250 fl.) beschränkten, Anspruch mit Vorzugsrecht vom 11. Juli 1865 näher, ohne einen Vorrang vor anderen Gläubiger der III. Ordnung, namentlich Gustav Dittler, der für seine Ersatzforderung an seinen Bruder für am Kaufpreis geleistete Zahlungen gleiches Vorrecht ansprach, zu begehren. Erst in der Tagfahrt vom 30. November 1866 vor der Vernehmlassung des Gantanwalts ergänzte Kübeleberle seine Liquidation dahin, daß er erstes Pfand- und Vorzugsrecht in Anspruch nahm, worauf eine unbeschränkte Anerkennung von Seiten des Gantanwaltes erfolgte.

Der betheiligte Mitgläubiger III. Ordnung, Gustav Dittler, neben der, beiden Gläubigern nachstehenden Ehefrau des Gantmanns der einzige betheiligte Gläubiger III. Ordnung wurde nicht weiter gehört, es fand keine Verhandlung wegen des von Kübeleberle verlangten Vorrangs, aber auch keine ausdrückliche Berücksichtigung und Erwähnung des Vorrangs im Ganturtheil Ord. III. statt.

Es wurde daher von Kübeleberle am 20. Februar 1868 eine Bitte um bezügliche Ergänzung des Gantur-theils eingereicht und vom Gantgerichte, nach Vernehmung und erfolgtem Widerspruch des Gustav Dittler, dieser Bitte gemäß von großh. Amtsgerichte Pforzheim am 3. März 1868, No. 5274, erkannt:

„das Gantur-theil vom 7. Oktober vorigen Jahres unter B III. Ziff. 29 und 30 sei, unter Verfällung des Liquidanten Gustav Dittler in die Kosten dieses Verfahrens dahin zu ergänzen, daß Liquidant Martin Kübeleberle mit seiner Kaufpreisforderung von 7250 fl. nebst 5 pCt. Zinsen vom 11. Juli 1865 dem Liquidanten Gustav Dittler mit seiner Forderung von 2063 fl. 57 kr. nebst 5 pCt. Zins hieraus vom 29. Januar 1866 im Rang des für diese Forderung geltend gemachten Vorzugsrechtes vorzugeben habe;"

In II. Instanz erging aber ein abänderndes Urtheil des großherzoglichen Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe, Appellations-Senat, vom 27. Mai 1868, No. 1022a, des Inhaltes:

„daß die in der Eingabe des Martin Kübeleberle vom 18. Februar d. J. gestellte Bitte um Ergänzung des Ganturtheils vom 7. Oktober 1867, No. 26,160, abzuweisen sei, und daß Martin Kübeleberle die hierdurch veranlaßten Kosten beider Instanzen zu tragen habe."

Dieses Urtheil wurde auf die von dem Kläger ergriffene Oberappellation von großh. Oberhofgerichte am 1. Dezember 1868 aufgehoben und das des großh. Amtsgerichts Pforzheim vom 3. März 1868, No. 5274, wiederhergestellt, unter Verfällung des Oberappellaten in die Kosten des zweiten und dritten Rechtszuges und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Der Kläger, Oberappellant beschwert sich gegen die oberrichterliche Entscheidung, welche unter Abänderung des zu seinen Gunsten ergangenen untergerichtlichen Erkenntnisses denselben mit seiner Bitte um Urtheilsergänzung und mit dem Anspruch auf Vorrang seiner Kaufpreisforderung vor der mit Vorzugsrecht geltend gemachten Forderung des Oberappellaten Gustav Dittler zurückgewiesen hat.

Auf Grund der nachfolgenden Erwägungen ist der Oberappellant durch jene Entscheidung auch in der That für beschwert zu achten, und das untergerichtliche Erkenntniß wiederherzustellen.

Der von Kübeleberle als Verkäufer des vom Gantmann und dem Beklagten Gustav Dittler, dessen Bruder, ihm abgekauften Hauses gemäß L.R.S. 2103 Ziff. 1 für sein Restguthaben erhobene Anspruch auf Vorzugsrecht mit Vorrang vor Gustav Dittler erscheint sachlich wohlbegründet; die bestimmte Vorschrift des L.R.S. 1252 in Vergleichung mit L.R.S. 1250 Ziff. 1 und 1251 Ziff. 2, der hiernach unzweifelhaft anerkannte Grundsatz: „Nemo subrogat contra se" und die Natur des betreffenden vor Allem zu berücksichtigenden Vorzugsrechtes spricht so klar und entschieden zu Gunsten des klägerischen Anspruches, daß es einer weiteren Erörterung hierüber nicht bedarf. Eine Rechtsübertragung (Cession) von Seiten des Verkäufers an Gustav Dittler liegt hier nach Inhalt der Notariatsurkunde vom 29. Januar 1866 keineswegs vor, sondern nur eine ausdrückliche Einwei-

Digitized by Google

sung in die Rechte, Forderungen und Vorzugsrechte des die theilweise Zahlung von Jenem empfangenden Verkäufers.

Vergl. Zachariä, Handbuch §. 321 Note 21.
Troplong, des priviléges et hypothèques I. nro. 233—235 nro. 378.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher, n. F. Band 13 S. 262.

Zu größerem Bedenken, als der sachliche Gehalt des Anspruches bietet allerdings die mehrfach beanstandete formelle, beziehungsweise proceßrechtliche Zulässigkeit des Anspruches in dem vom Kläger eingeschlagenen Wege, insbesondere gegenüber dem längst in Rechtskraft getretenen Ganturtheil, Stoff und Anlaß. Diese Bedenken lösen sich jedoch in befriedigender Weise zu Gunsten des Oberappellanten.

In der Liquidationstagfahrt vom 5. Juni 1866 hatte Kübeleberle seinen Anspruch zwar nur mangelhaft mit allgemeinem Begehren des Vorzugsrechts der dritten Ordnung geltend gemacht, auf erfolgten Widerspruch wurden jedoch besondere Verhandlungen hierwegen eingeleitet, und demselben besonders aufgegeben, eine schriftliche Liquidationsklage einzureichen, was Kübeleberle auch that. Wenn er in der betreffenden Schrift, worin er seine Forderung auf die Hälfte berichtigend ermäßigte, nur im Allgemeinen Vorzugsrecht vom 11. Juli 1865 verlangte, so ergänzte er doch in der Tagfahrt vom 30. November 1866, noch vor der anerkennenden Vernehmlassung des Gantanwaltes — seinen Anspruch näher dahin, daß er erstes Pfand- und Vorzugsrecht vor jedem Gläubiger (d. h. hier jedem der betreffenden Ordnung) beanspruchte. Dieser Nachtrag, eine nähere Bestimmung und Ergänzung des früheren Verlangens — war ihm nach Sachlage immerhin noch gestattet, namentlich stand ihm der allgemeine Ausschlußbescheid (Präclusivbescheid) nicht im Wege, der nach Pr.O. §. 745 Ziff. 2 und §. 749, sowie nach bekannten richtigen Grundsätzen nur gegen diejenigen Gläubiger erging, welche die Anmeldungen ganz versäumten *), den Oberappellanten, der seine Forderung, obschon mangelhaft, angemeldet hatte, daher nicht verhinderte, seine mangelhafte, unbestimmte Anmeldung geeignet zu erläutern und zu ergänzen.

Vergl. Pr.O. §. 253, §. 373, §. 381, auch §. 320.

Insofern nun die ergänzte Anmeldung sich speziell gegen einen bestimmten Gläubiger (oder auch mehrere) richtete, erschien nach allgemeinen Grundsätzen des Prozesses eine geeignete Hörung dieses oder dieser besonders Betheiligten (abgesehen vom etwaigen Fall offenbarer Unstatthaftigkeit oder Unhaltbarkeit des ganzen Anspruches, welcher Fall nicht vorlag) immerhin geboten, weil diese Betheiligten wegen des erst späteren Hervortretens des bestimmteren Vorrangsbegehrens gar nicht in der Lage waren, in der Haupttagfahrt zur Richtigstellung sich hierüber zu erklären und ihre Einwendungen vorzutragen.

Eine solche Verhandlung fand aber hier vor dem Ganturtheil noch gar nicht Statt, der Gantrichter unterließ es, eine solche, nöthigenfalls nach näherer Befragung des Kübeleberle einzuleiten und es enthält auch das Ganturtheil hierüber keine Entscheidung. Dieses Letztere ist aus überwiegenden Gründen anzunehmen. Es ist dies nämlich nach Obigem schon der Sachlage gemäß zu unterstellen, da ja der Richter noch gar nicht gehörig in Stand gesetzt war, darüber zu entscheiden; sodann enthält der verfügende Theil des Ganturtheils eine ausdrückliche Entscheidung des fraglichen Punktes nicht, und auch eine stillschweigende kann mit Sicherheit darin nicht gefunden werden, namentlich nicht eine solche zum Nachtheil des wohlbegründeten Rechtes des Oberappellanten Kübeleberle, dessen Vorzugsforderung Liq. No. 81 sogar an der Spitze der Ord. III. vor der Vorzugsforderung des Oberappellaten G. Dittler aufgeführt ist, obwohl letztere die frühere Liq. No. 70 trägt, was zwar an sich nicht von wesentlichem Gewicht, immerhin aber geeignet ist, nach den Umständen des Falles die behauptete rechtskräftige Entscheidung gegen Kübeleberle noch mehr in Zweifel zu stellen. In den Entscheidungsgründen zum Ganturtheil findet sich zur Vorzugsforderung des Oberappellanten keinerlei Andeutung, woraus sich eine solche Ent-

*) Der Präclusivbescheid gilt wohl vorzugsweise der völligen Versäumniß, doch ist nicht einzusehen, warum er nicht auch die partielle Versäumniß treffen sollte. Wenn ein Gläubiger 2 Forderungen hat und nur eine anmeldete, so wird er, will er diese Anmeldung nachholen, die Frist des §. 752 der Pr.O. ebenso einzuhalten haben, wie derjenige Gläubiger, welcher seine Forderung überhaupt nicht angemeldet hat, oder eine Klagänderung nachtragen will.

Bei alledem kann aber der Satz, daß nachträgliche Verbesserungen und Ergänzungen nicht an die Wiederherstellungsfrist gebunden sind, nach Ansicht des §. 253 der Pr.O. nicht wohl beanstandet werden. Red.

Digitized by Google

ſcheidung erkennen ließe, und wenn die Bemerkungen zur Forderung des Oberappellaten in dieſer Hinſicht auch zu Bedenken führen könnten, ſo kommt hiegegen in Betracht, daß der Ausdruck „Vorzugsrecht gleichen Rangs“ der Sprachweiſe des Urtheils gemäß nur auf die Bezeichnung des Datums des Vorzugsrechtes, überhaupt nicht nothwendig auch auf das Vorrangsverhältniß des Kübeleberle und G. Dittler unter ſich, zu beziehen iſt, da hier jedenfalls ein und daſſelbe Vorzugsrecht mit Datum vom 11. Juli 1865 in Frage ſteht.

Erwägt man hiezu, daß der Gantrichter, welcher das Ganturtheil fällte, und am Beſten im Stande war, den wahren Sinn und Umfang ſeiner darin gegebenen Entſcheidung zu beſtimmen, ſelbſt befand und kundgab, daß über den fraglichen Streit im Ganturtheil noch nicht entſchieden worden war, ſo rechtfertigt ſich die Annahme, daß eine rechtskräftige Entſcheidung dem Oberappellanten nicht im Wege ſtand. Es handelte ſich hier nur um einen beſonderen Vorrangsſtreit zwiſchen Kübeleberle und G. Dittler, der nach Lage der Sache von der Art war, daß er lediglich dieſe Beiden, die anderen Gantgläubiger aber im Weſentlichen gar nicht berührte. Auch ſolche Streitigkeiten ſollen zwar nach regelmäßigem Verlauf, den Grundſätzen des Gantverfahrens gemäß, ſchon im allgemeinen Richtigſtellungs- und Vorzugsverfahren ihre Erledigung finden, im vorliegenden Falle jedoch geſchah dieſes nach Obigem nicht, und der bezügliche beſondere Streit, wozu es noch einer Verhandlung zwiſchen Kübeleberle und G. Dittler bedurfte, kam durch nachträgliche Bewirkung des noch erforderlichen Verfahrens in befriedigender Weiſe zum Austrag, was nach den dem Oberappellanten zu gut kommenden Beſtimmungen der §§. 1088 ff. und 1093 ff. der Pr.O. über Erläuterung und Ergänzung der Urtheile, ohne Verletzung der Prozeßgeſetze, auch nach längſt verkündetem Ganturtheil noch Statt finden konnte.

Es rechtfertigt ſich hienach die bereits im Eingang bezeichnete Abänderung des angefochtenen Urtheils.

Die Koſten des zweiten und dritten Rechtszugs fallen nach Pr.O. §. 169. 170 dem Beklagten, Oberappellaten zur Laſt. Red.

48.

Trennung inländiſcher Eheleute von Tiſch und Bett, ausgeſprochen durch ein ausländiſches Gericht. Wohnſitzänderung. L.R.S. 103.

Zur Vervollſtändigung der in den Annalen XXXIII. No. 64 S. 155 erfolgten Mittheilung des Rechtsſtreites in Sachen Lienemann gegen Lienemann diene, daß das großh. Oberhofgericht nach ſtattgehabtem Beweisverfahren die Verlegung des Wohnſitzes des beklagten Ehemannes in den Canton Genf, nicht aber die Rückverlegung dieſes Wohnſitzes nach Kenzingen vor Zuſtellung der Trennungsklage an den Ehemann für dargethan, daraufhin das auf Trennung von Tiſch und Bett lautende Erkenntniß des Civilgerichts zu Genf für rechtsgiltig ergangen erachtete, und demgemäß unter Aufhebung des abweiſenden appellationsgerichtlichen Urtheils das auf jenes Erkenntniß gebaute Urtheil der Civilkammer zu Freiburg wieder herſtellte.

Aus den Entſcheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile (vom 2. Juli 1867) heben wir Folgendes hervor:

Steht, wie in dem Bisherigen gethan iſt, einerſeits feſt, daß der Beklagte im Laufe der Jahre 1853 und 1854 ſeinen Wohnſitz im Bezirke des Civilgerichts zu Genf aufgeſchlagen hatte, ſo muß andererſeits bei Sachlage auch angenommen werden, daß dieſer Wohnſitz noch fortbeſtand, als das Verfahren jenes Gerichts gegen ihn begann, und zwar unerachtet keine Beurkundung über die Zeit der Zuſtellung der unterm 8. Mai 1857 erhobenen Klage und der darauf erfolgten gerichtlichen Ladung an den Beklagten vorliegt, unerachtet derſelbe inhaltlich des oben angeführten Zeugniſſes der Polizeibehörde zu Genf am 14. Mai 1857 in ſein Heimathland rückkehren zu wollen erklärte, und unerachtet in Uebereinſtimmung hiemit der gedachte Reiſepaß ein von dieſem Tage datirtes Viſa zur Reiſe in gedachtes Land enthält.

Offenbar muß nämlich die Fortdauer des einmal beſtandenen Wohnſitzes unterſtellt werden, und es wäre daher Sache des Beklagten geweſen, ſtatt ſich auf den Widerſpruch des klägeriſcher Seits behaupteten Wohnſitzes zu beſchränken, darzuthun, daß und wann er den Wohnſitz nach Kenzingen zurückverlegt habe, ſowie daß nach Maßgabe dieſes Zeitpunktes die Zuſtändigkeit des Civilgerichts zu Genf in dem fraglichen Eheſtreite nicht mehr gegen ihn begründet geweſen ſei.

Digitized by Google

L.R.S.S. 1315. 2234.
Pr.O. §. 384.
Zachariä, franz. Civilrecht I. §. 144.
Renaud, Civilprozeß S. 66. 68. 167.*)

Dieser Verpflichtung hat aber der Beklagte nicht genügt, wie sich aus dem Folgenden des Näheren ergeben wird.

Dafür, daß die Rückverlegung des Wohnsitzes vor dem 14. Mai 1857 stattgehabt habe, liegt gar nichts vor. Die bereits am 8. Mai 1857 erhobene Klage wurde also mit vollem Rechte bei dem fraglichen Gerichte angestellt. Wurde dem Beklagten nun die Ladung auf die Klage zugestellt, so lange er noch seinen Wohnsitz im Bezirke jenes Gerichtes hatte, so war damit die Zuständigkeit des Gerichtes für den Streit begründet, mochte der Beklagte auch später seinen Wohnsitz verändern. Pr.O. §§. 57. 263 a. Wurde ihm aber die Ladung erst zugestellt, nachdem er den Wohnsitz im Bezirke des gedachten Gerichts schon aufgegeben hatte, so mußte er, da es dem Obigen zufolge ihm oblag, der Vermuthung der Fortdauer des einmal bestandenen Wohnsitzes entgegenzutreten, hierüber Nachweis erbringen, was er nicht gethan hat. Daß ihm eine Ladung gar nicht zugestellt worden, behauptet Beklagter nicht, so wie er ja überhaupt die Rechtsbeständigkeit des zu Genf stattgehabten Verfahrens, abgesehen von seinen dermaligen Einwendungen gegen die Zuständigkeit des Gerichts, nicht angreift. Es ist auch die geschehene Ladung durch das Protokoll vom 5. Dezember 1857 beurkundet und hatte ihr der Beklagte diesem Protokolle nach Folge geleistet, indem er sich zu Beginn des Verfahrens durch einen Anwalt vertreten ließ. Roßhirt.

49.

Haftet der Baugewerbsmann, welcher seine Arbeit und Lieferungen unmittelbar verdingt, für Constructionsfehler, welche ihren Grund in dem ihm zur Ausführung übergebenen Bauplan haben.

L.R.S. 1792. 2270. 1799.
Vergl. Annalen 1868 Ziff. 104. S. 233.

In Sachen
des Zimmermeisters Adolph Kollmar in Pforzheim, Klägers, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

Bierbrauer Friederich Völter von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betr.,

hatten sich die Parteien zwar über den Betrag der klägerischen Forderung im Laufe der Verhandlung verständigt; allein der Beklagte hielt sich zum Gesuch um Abweisung der Klage demungeachtet für berechtigt, weil das von dem Kläger gelieferte und aufgeschlagene Fachwerk des Hauses, nachdem es mit Backsteinen ausgemauert worden, aus dem Senkel gekommen war.

Es war zwar festgestellt, daß der Beklagte die Ausführung seiner Brauerei sowie sämmtlicher dazu gehöriger Bauwesen, die Fertigung sämmtlicher Kostenberechnungen und Pläne, den Abschluß aller Accorde, aber mit Vorbehalt eigener Einwilligung, und die Besorgung der Abrechnung über das ganze Bauwesen einem gewissen Zoller, Werkmeister von Biberach, übertragen hatte, welcher für Vertretung der Interessen des Beklagten und Leitung des Bauwesens monatlich einen Gehalt von 120 Gulden bezog; allein dem Verhältnisse des Beklagten zu diesem seinem Vertreter beim Bau legte das großh. Oberhofgericht — abweichend von der in beiden vordern Instanzen ausgesprochenen Ansicht nicht die Wirkung bei, den Kläger von der in L.R.S. 1792. 2270 mit absichtlicher Strenge den Bauunternehmern auferlegten Verantwortlichkeit für die Fehler des von ihm übernommenen Theils des Baues zu entbinden.

Es führte nämlich in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 9. März 1869 aus:

L.R.S. 1792 macht für Fehler der Bauart eines im Ganzen in Bau genommenen Werks den Baumeister und den Bauunternehmer verantwortlich und L.R.S. 1799 stellt die Arbeitsleute, welche ihre Arbeit und Lieferungen zu einem bestimmten Preis unmittelbar verdingen, für den Theil des Baues, den sie verfertigen, den Bauunternehmern gleich. Im vorliegenden Fall hat nun aber

*) Renaud sagt S. 68: „Das Domicil muß nach den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechts begründet sein und zur Zeit der Klageanstellung bestehen, wiewohl der Kläger nur die am Klageorte einstmals stattgehabte Domicilirung des Beklagten zu beweisen hat." Schmid, Hdb. des Civilprozeß §. 43 S. 81. 82 sagt in ähnlicher Weise: „Der Kläger hat aber stets nur zu beweisen, daß an dem Orte, wo er die Klage erhebt, einmal für den Beklagten ein Domicil entstanden sei, indem der Grundsatz: mutatio non praesumitur auch hier zur Anwendung kommt." D. E.

Digitized by Google

der Kläger seine Arbeit und Lieferungen zu einem bestimmten Preise — 10³/₄ kr. für den Schuh der gesammten Zimmermannsarbeit — am Wirthschaftsgebäude des Beklagten und unmittelbar an den Beklagten, wenn dieser auch sein Interesse durch einen Fachmann vertreten ließ, verdungen.

Nach L.R.S. 1792 und 2270 haftet der Baumeister und Bauunternehmer gleichmäßig (cumulativement),

Marcadé ad art. 1793 t. T. 6 p. 537,

und der in L.R.S. 1797 vorgesehene Fall liegt hier augenscheinlich nicht vor.

In dem erhobenen Gutachten sind die bei dem Augenschein wahrgenommenen und in dem darüber aufgenommenen Protokoll beschriebenen Mißstände die Folgen mangelhafter Construction, indem auf die ganze Länge des Wirthschaftsraumes im unteren Stock, welcher mehr als die Hälfte des Hauses einnimmt, keinerlei Vorrichtungen gegen Seitenschub vorhanden sind.

Dieser Mangel hat allerdings seinen Grund im Plane, nach welchem Kläger die Zimmermannsarbeit zum Baue ausführte und dieser versichert überdies, er habe den Werkmeister darauf aufmerksam gemacht; dies entbindet ihn aber nicht seiner Verantwortlichkeit, vielmehr haftet er demungeachtet selbst auch für den Fehler im Plane, den er als Sachverständiger erkennen mußte, und nach welchem er nicht bauen durfte; denn:

„un legislateur sensé ne devait pas permettre aux hommes de l'art, pour quelque circonstance que ce fût, de faire sciemment une construction qui ne doit pas tenir,"

Marcadé l. c. p. 539,

und

„il doit s'abstenir dès qu'un lui demande de faire un travail contraire aux régles de sa profession, et d'ou peuvent résulter des malheurs pour les personnes et pour leur fortune."

Dalloz, louage d'ouvrage nro. 145. 3 t. 30 p. 572.

Es ist nicht gestattet, trotz der Unbedingtheit der gesetzlichen Vorschrift zwischen dem Fall, wo der Gewerbsmann ohne Aufsicht eines Technikers und dem, wo er unter dieser Aufsicht und nach dessen Plan arbeitete, schlechthin einen Unterschied zu machen.

Dalloz, louage d'ouvrage et d'industrie nro. 146. 1 t. 30 p. 572.

Die auch dem Urtheil zweiter Instanz zu Grund liegende Ansicht, daß der Bauhandwerker in letzterem Fall für Constructionsfehler, die im Plan des Technikers ihren Grund haben, nicht hafte, kann daher in dieser Unbedingtheit nicht für die richtige erkannt werden, da die für sie geltend gemachten Billigkeitsgründe der Absicht und der auf Gründen des öffentlichen Wohls beruhenden Strenge des Gesetzes weniger entsprechen.

Auch die französischen Gerichte haben nur in Berücksichtigung besonderer thatsächlicher Verhältnisse nach jener Ansicht erkannt.

Dalloz, louage nro. 149. 4 t. 30 p. 575. 145. 1 ibid. p. 571.

Nun hat zwar der Beklagte keine Entschädigungsklage erhoben, sondern um Abweisung der klägerischen Forderung gebeten; allein auch dieses Gesuch erscheint als begründet, weil der Beklagte jedenfalls das Recht hat, den dem Kläger zugesagten Lohn zur Bestreitung der Kosten der nöthigen Verbesserung inne zu behalten.

Vergl. L.R.S. 1790.

Zachariä §. 185 am Schlusse Bd. I. S. 441.

Puchta, Pandecten §. 94 vor Note 6 S. 145.

Red.

30.

Fälschung.

1) Ueber den Thatbestand der Urkundenfälschung.
2) Complott zur gewinnsüchtigen Urkundenfälschung liegt auch dann vor, wenn ein Theilnehmer nicht unmittelbar an dem mit dem Verbrechen beabsichtigten und erlangten Gewinn Theil nimmt und wenn derselbe bei dem Gebrauche der falschen Urkunde nicht thätig war.

Der nachstehende Auszug aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil des Kreisgerichts Baden als Strafkammerabtheilung vom 26. Septbr. 1867, J. A.S. gegen Anton Hund und Fidel Blust Eheleute, geben auch über das Thatsächliche genügende Auskunft.

Der 37 Jahre alte verheirathete Landwirth Anton Hund von Waldulm entlieh laut Schuldurkunde d. d. 28. Dezember 1864 bei Georg Lehmann von da die Summe von 450 fl. und laut Urkunde vom 18. Dezember 1865 bei Baptist Straub daselbst die Summe von 400 fl., welche Darlehen er mit 4 pCt. zu verzinsen und

Digitized by Google

nach vierteljähriger Aufkündigung heimzuzahlen verſprach. Beide Darleiher verlangten, daß die Ehefrau des Darleihempfängers, Marianne Börſig, welche Vermögen beſitzt, die Schuldurkunden als Selbſtſchuldnerin unterſchreibe, womit der Angeklagte Anton Hund ſich einverſtanden erklärte, indem er, nachdem er die Darleihſumme ausbezahlt erhalten hatte, dieſe Unterſchrift beizubringen verſprach.

Es iſt dieſe Thatſache erwieſen durch das eigene Geſtändniß des Angeklagten und durch das mit demſelben übereinſtimmende beſchworene Zeugniß der Darleiher Lehmann und Straub.

Beide Unterſchriften ſind aber gefälſcht; es ergibt ſich dies aus den Geſtändniſſen der Angeklagten, Anton Hund und Bernhard Bluſt und der Ehefrau des letzteren, aus dem Zeugniß der Ehefrau des Anton Hund, welche erklärte, daß die den Schuldurkunden beigefügte Unterſchrift: „Marianne Börſig“ nicht von ihrer Hand herrühre und aus dem Augenſchein, wornach die fraglichen beiden Unterſchriften ein verſchiedenes Ausſehen haben, auch dieſes ſelbſt mit den ächten Unterſchriften der Hund'ſchen Ehefrau Maria Anna Börſig nicht übereinſtimmt.

Anton Hund iſt nun geſtändig, daß, als er dem Mitangeklagten Bernhard Bluſt, welcher von dem bei Georg Lehmann aufgenommenen Darlehn Kenntniß hatte, eröffnete, dieſer verlange die Mitunterſchrift ſeiner (Hund's) Frau als Selbſtſchuldnerin, derſelbe erklärt habe: „das könne man machen, ſeine (Bluſt's) Frau müſſe unterſchreiben,“ daß ſodann Bluſt die Schuldurkunde vom 28. Dezember 1864 niedergeſchrieben, er dieſelbe mit ſeinem Namen unterzeichnet und als er ſie ſpäter durch ſeinen Knecht habe abholen und dem Georg Lehmann überbringen laſſen, der Name Marianne Börſig unterſchrieben geweſen ſei. Ebenſo ſei es mit dem Schuldſchein d. d. 18. Dezember 1865 gehalten worden, welcher in ſeinem Beiſein von Bluſt's Ehefrau mit dem Namen „Marianne Börſig“ verſehen worden ſei. Mit dieſem Geſtändniß ſtimmt jenes des mitangeklagten 42 Jahre alten verheiratheten Bernhard Bluſt vollkommen überein, welcher beſtätigt, daß er beide Darlehenurkunden geſchrieben habe, jene vom 28. Dezember 1864 von einem bei ihm in Pflege befindlichen Knaben mit dem Namen „Marianna Börſig“ habe verſehen laſſen, und daß die andere in ſeiner Gegenwart von ſeiner Frau mit dieſem Namen unterſchrieben worden ſei.

Damit ſteht auch das Geſtändniß der Letzteren im Einklang. Dieſelbe gibt nämlich zu, daß ſie den Schuldſchein vom 18. Dezember 1865, welchen Hund ins Haus gebracht, auf Zureden deſſelben, indem er erklärte, er werde im Spätjahr bezahlen und auf Zuſicherung ihres Mannes, Hund werde für ihn Bürgſchaft leiſten, wenn ſie unterſchreibe, den Namen: „Marianna Börſig,“ beigefügt habe.

Nach dem Ergebniſſe der heutigen Hauptverhandlung hat der Gerichtshof die Ueberzeugung gewonnen, daß vorliegende Fälſchung von den Angeklagten Hund und Bluſt in verbrecheriſcher Verbindung verübt worden iſt, d. h., daß ſie daſſelbe gemeinſchaftlich bezweckt und deſſen Ausführung verabredet haben.

Vergl. Puchelt, §. 125 Note 1.

Wenn nämlich auch nur der Angeklagte Hund das Geld von den durch die beiden Fälſchungen erwirkten Darleihen erhielt, ſo iſt dennoch in dieſen Fälſchungen ein gemeinſames Verbrechen zu erblicken, weil auch Bernhard Bluſt inſofern eine gewinnſüchtige Abſicht auf Koſten der Getäuſchten dabei hatte, als er dem Hund einen Vortheil zuwendete (Thilo, Str.G.B. S. 321 Ziff. 4) und als er damit, wie man als bewieſen annimmt, durch die Freigebigkeit und den Leichtſinn des Anton Hund ſich ſelbſt die Mittel zu Ausgaben in Wirthshäuſern verſchaffte.

Da es ferner nach den Umſtänden des Falles gewiß iſt, daß die Darleihen nur dann zu erhalten waren, wenn die Unterſchriften der Ehefrau des Anton Hund beigebracht werden, ſo folgt auch aus der Fälſchung ſelbſt, daß dieſelbe von Beiden gemeinſchaftlich bezweckt und verabredet wurde, wie übrigens von den Angeklagten es auch zugeſtanden worden iſt. Es iſt daher jedem von ihnen der Erfolg dieſes Verbrechens zuzurechnen und unter Abweichung von dem im Verweiſungsbeſchluß der großh. Anklagekammer geſtellten Antrag*) nach §. 248 der Str.P.O. die geſetzliche Strafe gegen ſie zu erkennen, welche in Berückſichtigung des bedeutenden Betrages der Fälſchung, des Zuſammentreffens zweier Fälſchungen und des ſehr ſchlechten Leumundes des Angeklagten mit Bezug auf §. 430. 436. 443. 479 des Str.G.B. in dem im Urtheil verordneten Maaße (nämlich ein Jahr Arbeitshaus und 100 fl. Geldſtrafe) beſtimmt wurde.

---

*) Der Verweiſungsbeſchluß lautete gegen Anton Hund als Urheber, gegen die Bluſt'ſchen Eheleute als Gehülfen der Fälſchung.

Digitized by Google

Die That der Ehefrau des Bernhard Bluſt, welche in Uebereinſtimmung mit den Angaben der beiden Mitangeklagten geſtändig iſt, obſchon ſie das Unrecht ihrer Handlung einſah, unter die Schuldurkunde vom 18. Dezember 1865 die Unterſchrift der Ehefrau des Anton Hund beigeſetzt zu haben, ſtellt ſich als Beihilfe zur verübten Fälſchung dar, indem die Angeklagte dadurch zur Ausführung der Fälſchung als Werkzeug diente und an der Haupthandlung ſelbſt Theil nahm §. 134. 135 Ziff. 1. 2. In Betrachtung der oben bemerkten Strafausmeſſungsgründe, in Erwägung aber, daß die Ehefrau Bluſt ſich nicht zur That erbot, vielmehr durch die an ſie gerichteten Vorſtellungen ihres Mannes überredet wurde, hat man die urtheilsmäßige Strafe (nämlich drei Monate Kreisgefängniß und 25 fl. Geldſtrafe) für angemeſſen erachtet. §. 136 des Str.G.B.

Gegen dies Urtheil hatten die Angeklagten Bernhard Bluſt Eheleute die Nichtigkeitsbeſchwerde ausgeführt, allein dieſe wurde durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 21. Dezember 1867 bezüglich des Ehemanns Bluſt als unbegründet, und bezüglich der Ehefrau Bluſt als unſtatthaft verworfen aus folgenden Gründen:

Der Angeklagte B. Bluſt hat die unter Bezugnahme auf §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. erhobene Nichtigkeitsbeſchwerde darauf geſtützt, daß er in Folge unrichtiger Auslegung, beziehungsweiſe unrichtiger Anwendung des §. 430 des Str.G.B. wegen Theilnahme am Verbrechen der Urkundenfälſchung verurtheilt wurde, während ihm nur eine Beihilfe zu demſelben zur Laſt falle.

Dieſe Beſchwerde erſcheint als verwerflich.

Dieſelbe kann dadurch den in erſter Reihe geltend gemachten Umſtand, daß nicht Bernhard Bluſt ſelbſt, ſondern nur Anton Hund von den falſchen Urkunden Gebrauch gemacht hat, nicht gerechtfertigt werden, weil inhaltlich der, auch für das Caſſationsgericht maaßgebenden, thatſächlichen Feſtſtellungen der Strafkammer die fraglichen Fälſchungen von jenen beiden Angeklagten in verbrecheriſcher Verbindung unternommen wurden, bei einer ſolchen aber gemäß §. 125 des Str.G.B. Alle, welche zu der That mitgewirkt haben, ohne Rückſicht darauf, ob ihre Wirkſamkeit an ſich nur eine Beihilfe begründen würde, — als Miturheber zu beſtrafen ſind, ſomit B. Bluſt aus dem Grunde, daß er ſich nur bei der Fertigung, nicht aber auch beim Gebrauch der falſchen Urkunde betheiligte, keineswegs blos als Gehilfe zu dem Verbrechen angeſehen werden konnte.

Die zur Rechtfertigung obiger Beſchwerde ferner geltend gemachte Behauptung, daß B. Bluſt bei ſeiner Mitwirkung zu den Fälſchungen für ſich ſelbſt keinen Gewinn auf Koſten der Darlehensgläubiger des Anton Hund beabſichtigt habe, wird durch den Inhalt der thatſächlichen Feſtſtellungen in den Entſcheidungsgründen der Strafkammer geradezu widerlegt und kann deßhalb diesſeits keine Berückſichtigung finden.

Auf den ſchließlich von dem Angeklagten noch hervorgehobenen Umſtand, daß er durch die Fälſchungen keinen Vortheil bezogen und jene Gläubiger keinen Nachtheil erlitten hätten, kann es nicht ankommen, weil das Geſetz zum Thatbeſtand der Urkundenfälſchung einen beſtimmten Erfolg nicht verlangt.

Die Nichtigkeitsbeſchwerde der Ehefrau des B. Bluſt, darauf beruhend, daß nicht gemäß §. 140 des Str.G.B. das perſönliche Verhältniß zu ihrem Ehemann bei der Urtheilsfällung als ſtrafmindernd in Betracht gezogen worden ſei*), erſcheint nach der Schlußbeſtimmung des §. 373 der Str.P.O., worauf ſelbſt die unrichtige Ausmeſſung der Strafe innerhalb der geſetzlichen Grenzen keinen Nichtigkeitsgrund bildet, als unſtatthaft.

Hiernach, und was die Koſten betrifft, nach Anſicht des §. 426 Abſ. 2 der Str.P.O. mußte, wie geſchehen, erkannt werden. Dr. Puchelt.

51.

Ueber die actio pauliana (L.R.S. 1167) gegen eine datio in solutum

beſagen die

Entſcheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. März 1869

In Sachen

der Gantmaſſe des Georg Hübſch von Handſchuchsheim, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin

gegen

Jakob König von Eberbach und Herrmann

---

*) Wenn auch §. 140 des Str.G.B. in den kreisgerichtlichen Entſcheidungsgründen nicht allegirt iſt, ſo wurde doch darin das Thatſächliche jenes Strafminderungsgrundes erwähnt, alſo auch bei der Strafausmeſſung beachtet.

Digitized by Google

Hübsch von Schriesheim, Beklagte, Appellanten, Letzteren Oberappellanten,

Nichtigkeit eines Fahrnißkaufvertrages betreffend.

„Der L.R.S. 1167 hat anerkanntermaaßen das römische Recht über die actio Pauliana zur Grundlage, wenn er auch in die Einzelbestimmungen desselben über diese Klage nicht weiter eingeht; es darf daher dieses letztere Recht bei der Beurtheilung einer solchen Klage um so mehr in vergleichende Rücksicht genommen werden, als unser Gesetzbuch hiernach die Sache großentheils der Wissenschaft und dem Ermessen des Richters überläßt.

Zur Begründung der Paulianischen Klage wird nun erfordert, daß der Schuldner eine Veräußerung seiner Vermögensbestandtheile in der Absicht vorgenommen hat, um dieselben seinen Gläubigern zu entziehen, und daß er sich hierbei bewußt war, daß er diese Letzteren hierdurch verkürze, und bei belasteten Verträgen wird noch weiter erfordert, daß der Empfänger dieser Vermögensbestandtheile jene böse Absicht des Schuldners gekannt habe.

Nach l. 6 §. 6 u. 7 Dig. 42. 8 und l. 129 pr. Dig. 50. 17 handelt nun zwar derjenige Gläubiger, welcher vor ausgebrochener Gant von seinem Schuldner eine Zahlung auf eine wirklich bestehende und zugleich fällige Forderung angenommen hat, selbst wenn er hierbei wußte, daß sein Schuldner bereits zahlungsunfähig sei, nicht gefährdevoll und kann darum von der Paulianischen Klage nicht getroffen werden, weil er auf diese Zahlung ein wohlbegründetes Zwangsrecht hat, und ihm nicht zugemuthet werden kann, auf dieses sein Recht zu verzichten, damit andere Gläubiger nicht etwa einen Verlust erleiden, weil er daher hierdurch überhaupt eine widerrechtliche Handlung nicht begeht.

Franke im civ. Archiv XVI. S. 125. 126. 139. 140. 259.

v. Vangerow, Pand. III. §. 697 S. 609.

Holzschuher, Theorie III. Cap. XXX. §. 5 S. 1059 ff.

Jahrbücher n. F. X. S. 199.

Annalen XVIII. S. 395, XXXIV. S. 45.

Anders verhält es sich aber mit andern Rechtsgeschäften, durch welche der Schuldner in jener fraudulösen Absicht Vermögensbestandtheile veräußert, um hierdurch seine Gläubiger zu verkürzen. Hier ist der Gläubiger, welcher Vermögensbestandtheile seines Schuldners zu seiner Befriedigung annimmt, und sich hierdurch vor andern Gläubigern begünstigen läßt, während er jene gefährdende Absicht seines Schuldners kennt, durch die l. 6 §. 6 cit., welche nur von der eigentlichen Zahlung einer fälligen Schuld spricht, andere Rechtsgeschäfte aber, wie namentlich Verpfändungen, ausnimmt, vor der actio Pauliana nicht in gleicher Weise geschützt.

Der Grund, aus welchem bei eigentlichen Zahlungen die Paulianische Klage ausgeschlossen sein soll, schlägt bei solchen andern Rechtsgeschäften, zu welchen nicht nur die Verpfändung, sondern auch die Abtretung an Zahlungsstatt zu rechnen ist, nicht an; bei der Zahlung nämlich besteht der Grund darin, daß der Gläubiger nur dasjenige erhält, was er wirklich zu fordern hat, und worauf ihm ein Zwangsrecht zur Seite steht; bei den erwähnten andern Rechtsgeschäften dagegen erhält er in Folge eines neuen selbstständigen Vertrags etwas ganz Anderes, als was er nach seinem Titel zu fordern hat, und etwas, worauf ihm ein Zwangsrecht nicht zusteht. Ein solcher Vertrag muß daher auch, in soferne sonst die Erfordernisse der Paulianischen Klage nachgewiesen werden können, der Anfechtung durch diese Klage um so mehr unterworfen sein, als gerade auf diesem Wege am leichtesten rechtswidrige Begünstigungen einzelner Gläubiger zum Nachtheil der übrigen bewirkt werden können.

Franke, loc. cit. p. 262—264.

Jahrb. n. F. XIII. S. 45.

Dem Schuldner muß also in solchen Fällen die durch die Veräußerung bewirkte gefährdevolle Verkürzung seiner übrigen Gläubiger — dem durch ihn befriedigten Gläubiger aber nachgewiesen werden können, daß er jene fraudulöse Absicht seines Schuldners kannte." ꝛc.

Red.

Soeben ist in der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim eingetroffen:

Die I. Hälfte des XII. Bandes von

Cours de Code civil

par

C. Demolombe.

Preis eleg. br. fl. 3.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 8.**

52.

Der Gerichtsstand der Prävention hört mit dem Schluß der Untersuchung auf.

— §. 11 und 16 der Strafprozeßordnung. —

Sebastian Schwarz von Nordrach, schon wegen dritten Diebstahls bestraft, verübte am 7. August 1868 einen Diebstahl im Bezirke des Amtsgerichts Offenburg, dessentwegen er am 20. August vor die Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts daselbst verwiesen und am 7. September von dieser wegen Rückfalls in den dritten Diebstahl zu einer Arbeitshausstrafe von einem Jahre verurtheilt wurde.

Am 1. August 1868 wurde ein Diebstahl in dem Bezirke des Amtsgerichts Triberg verübt, wobei sich der Verdacht auf einen Burschen lenkte, welcher Milch, die ihm als Almosen gegeben wurde, verzehrend, sich eine Zeit lang in dem Zimmer aufhielt, worin sich die entwendeten Gegenstände befanden. Im Laufe der deßhalb bei dem Amtsgerichte Triberg anhängigen Untersuchung ergaben sich Verdachtsgründe, daß dieser Bursche mit dem obengenannten Sebastian Schwarz identisch sei, insbesondere wurde Schwarz auf Gegenüberstellung mit Angehörigen des Beschädigten mit annähernder Bestimmtheit als der zur Zeit der That bettelnde und allein im Zimmer des Bestohlenen anwesende Bursche recognoscirt. Es lag hiernach genügender Grund vor, einen Beschuldigungsantrag gegen Schwarz zu richten und wurden zu diesem Zweck die Acten der Staatsanwaltschaft Villingen übergeben. Diese Stelle beantragte gemäß §. 11 der Str.P.O. die Abgabe der Untersuchung an das Amtsgericht Offenburg; die Staatsanwaltschaft an diesem Orte lehnte jedoch mit Bezug auf §. 16 der Str.P.O. die Antragstellung ab.

Zur Entscheidung der Zuständigkeitsfrage wurden mit Bezug auf §§. 18 und 20 der Str.P.O. die Acten dem großh. Oberhofgerichte vorgelegt, welches unterm 19. Januar 1869 folgendes Erkenntniß gab:

In Erwägung, daß zwar die Bestimmung des §. 16 der Str.P.O. die Zuständigkeit des großh. Amtsgerichts Offenburg nicht zu begründen vermag, weil die Entwendung im Amtsgerichtsbezirk Triberg schon am 1. August und daher nicht während der Untersuchung des im Amtsgerichtsbezirk Offenburg am 7. August begangenen Verbrechens stattgefunden hat;

In Erwägung jedoch, daß nach §. 11 der Str.P.O., wenn Jemand mehrerer in verschiedenen Gerichtsbezirken begangener Verbrechen beschuldigt wird, von desen Gerichten das zuvorkommende das ausschließlich zuständige wird und diese Bestimmung auch auf die fortgesetzten Verbrechen Anwendung findet;

Bekk, Erläuterungen zur Str.P.O. vom Jahr 1845 S. 71.

Ammann, Str.P.O. zu §. 11, Bemerk. 1.

In Erwägung, daß im vorliegenden Fall das Amtsgericht Offenburg wegen der in seinem Bezirke begangenen Entwendung gegen den Angeschuldigten Schwarz Unsuchungshandlungen der in §. 10 der Str.P.O. bezeichneten Art vorgenommen hat, noch ehe gegen denselben Angeschuldigten wegen der im Amtsgerichtsbezirk Triberg begangenen Entwendung von diesem Amtsgerichte eingeschritten worden ist, daher wegen beider dem Angeschuldigten Schwarz zur Last gelegten Entwendungen das Amtsgericht Offenburg durch Zuvorkommen als das ausschließlich zuständige Untersuchungsgericht zu betrachten ist.

Aus diesen Gründen wird bestimmt:

daß das großh. Amtsgericht Offenburg auch für Untersuchung der im Amtsgerichtsbezirk Triberg verübten Entwendung als das zuständige Untersuchungsgericht zu erklären sei.

Diese Entscheidung scheint mir weder dem Gesetze noch der prozessualischen Zweckmäßigkeit zu entsprechen.

Die badische Strafprozeßordnung führt unter den Gerichtsständen in erster Reihe den der begangenen That auf — §. 9 der Str.P.O. — mit dem römischen und älteren deutschen Rechte legt sie das Hauptgewicht auf

Digitized by Google

den Ort der Verübung der That; der hiedurch gegebene Gerichtsstand bildet die Regel, die anderen Gerichtsstände die Ausnahme, im Zweifel ist daher für ersteren zu interpretiren. Abgesehen von der Zuständigkeit nach dem Gerichtsbezirke kennen namentlich die neueren Prozeßgesetze eine solche nach dem Zusammenhang mehrerer Strafsachen. Eine einheitliche Prozeßführung für die zusammenhängenden Strafsachen war der leitende Gesichtspunkt, um diesen besondern Gerichtsstand zu schaffen. Damit ergibt sich von selbst die Beschränkung dieses Gerichtsstands auf den Fall, daß mehrere Strafprozesse zur gleichen Zeit gegen dieselbe Person als Thäter anhängig sind; ist aber eine der schwebenden Untersuchungen geschlossen, so hat damit die Thätigkeit des betreffenden Gerichts ihren Abschluß erhalten. Der §. 11 der badischen Strafprozeßordnung, welcher den Gerichtsstand der Prävention statuirt, findet Anwendung, wenn derselbe Thäter in verschiedenen Gerichtsbezirken strafbare Handlungen verübt hat; ein Vergleich mit dem §. 10 der Str.P.O., welcher Prozeßhandlungen hervorhebt, die im Anfange einer Untersuchung vorkommen, zeigt, daß der Gesetzgeber hier den Fall der streitigen Zuständigkeit bei Einleitung der Untersuchung im Auge hatte. §. 11 der Str P.O. findet seine naturgemäße Ergänzung und zugleich Begrenzung in dem §. 16 der Str.P.O., welcher für den Fall Entscheidung gibt, wenn dieselbe Frage **während der** Untersuchung entsteht. Indem dieser §. bestimmt, daß die Verbrechen des Angeschuldigten, welche zur Anzeige des zuerst eingeschrittenen Gerichts gelangen, während dieses die Untersuchung führt, zu dessen Zuständigkeit erwachsen, fügt er ausdrücklich bei, daß diese Zuständigkeit mit dem Schluß der ersten Untersuchung aufhört. Dieselbe Grenzlinie muß bei der auf den §. 11 der Str.P.O. gegründeten Zuständigkeit gezogen werden, da diese auf demselben Grunde beruht und nur einen früheren Anfangstermin hat. Die Richtigkeit dieser Auslegung folgt auch aus einem Vergleiche der Str.P.O. von 1845 mit der jetzigen. Der Titel über die Zuständigkeit der Strafgerichte ging seinem Inhalte nach mit geringen Aenderungen aus der alten Strafprozeßordnung in die neue über, die Stellung der Paragraphen wurde jedoch eine andere. In der früheren Strafprozeßordnung folgte unmittelbar auf die Paragraphen über das Zuvorkommen — §§. 8—10 — in §. 11 die Vorschrift, welche §. 16 der neuen Str.P.O. enthält. Die Paragraphen über den Gerichtsstand des Wohnorts, und über solchen bei Verbrechen im Ausland kamen erst nachher — §. 12—15 der früheren Strafprozeßordnung —, während dieselben jetzt zwischen den Paragraphen 11 und 16 eingeschaltet sind. Die frühere Stellung der Paragraphen über das Zuvorkommen und derjenigen über Verbrechen während der Untersuchung deutet durch die unmittelbare Aufeinanderfolge den innern Zusammenhang des §. 16 und des §. 11 an und zeigt, daß beide §§. Ausflüsse desselben Prinzips sind, und dieser ausspricht, was bezüglich der Prävention bei Einleitung der Untersuchung, jener, was während der Untersuchung Rechtens ist.

Auch in der Theorie und anderen deutschen Strafprozeßgesetzen scheint kein Zweifel darüber zu bestehen, daß der Schluß der Untersuchung der Endtermin für die Zuständigkeit durch Prävention ist.

Planck, deutsches Strafverfahren S. 82.

Wenden wir das Gesagte auf den Eingangs erwähnten Fall an, so ergibt sich, daß, nachdem der von Schwarz im Bezirke Offenburg verübte Diebstahl bereits unterm 7. September v. J. abgeurtheilt war, das Amtsgericht Offenburg nicht nunmehr noch für einen vom gleichen Thäter, wenn auch in fortgesetzter That mit dem abgeurtheilten, begangenen Diebstahl zuständig sein kann.

Von Gründen der Zweckmäßigkeit für die oberhofgerichtliche Entscheidung, auf welche übrigens nicht abgehoben wurde, kann ebenfalls keine Rede sein; dem Zwecke der Strafjustiz entspricht die Aburtheilung am Orte der That mehr, die Beweise sind dem Amtsgericht Triberg, beziehungsweise der Strafkammer Villingen leichter zur Hand, als den Gerichten zu Offenburg, welche mit der im Triberger Bezirk verübten That lediglich keinen anderen Berührungspunkt haben, als daß derselbe Angeschuldigte vor mehreren Monaten von ihnen abgeurtheilt wurde.

Dr. Kadenbach.

55.

Der Anspruch einer Hebamme an die Gemeinde auf den ihr zugesagten Gehalt eignet sich zum Austrag vor den bürgerlichen Gerichten.

Digitized by Google

Dieſer Anſpruch beſteht ſo lange fort, als die Hebamme im Dienſt iſt und unterliegt nicht der einſeitigen Kündigung der Gemeinde.

In Sachen
der Hebammen Margaretha Niſchwitz, geborenen Ehret und Barbara Reitermann, geborenen Wind von Hemsbach, Klägerinnen, Appellatinnen, Oberappellatinnen,

gegen
die Gemeinde Hemsbach, Beklagte, Appellantin, Oberappellantin,

Forderung betreffend,

wurde das Urtheil des großh. Kreisgerichts Mannheim, Civilkammer II., vom 5. Februar 1868, No. 629, beſagend:

„die beklagte Gemeinde ſei, unter Verfällung in die Koſten ſchuldig, ihre Verbindlichkeit anzuerkennen, den beiden klagenden Hebammen als jährliche Beſoldung den Genuß von 1 Viertel 20 Ruthen Acker im Schaafgraben, 2 Viertel 11 Ruthen Wieſen (evangeliſches Ammenläppchen), 1 Viertel 20 Ruthen Wieſen (katholiſches Ammenläppchen) zu überlaſſen und Jeder der beiden Klägerinnen außerdem jährlich 1 Malter 1 Seſter 1 Mäßle und 5 Becher Korn zu liefern,"

durch Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationsſenat, vom 10. Juni 1868, No. 2737, beſtätigt.

Die beklagte Gemeinde erachtete ſich durch dieſe Urtheile in doppelter Richtung beſchwert, einmal dadurch, daß die Klage, welche von den zwei Klägerinnen auf Fortentrichtung der ihnen für den Dienſt als Hebammen zugeſicherten Nutzungen und Bezüge erhoben iſt, überhaupt als vor den bürgerlichen Gerichten ſtattfindend zugelaſſen, ſodann eventuell dadurch, daß die Klage in der Sache ſelbſt als begründet erkannt wurde.

Allein auf die von der Beklagten ergriffene Oberappellation wurden am 23. Februar 1869 von großherzoglichem Oberhofgerichte die Urtheile der beiden Vorderinſtanzen, unter Verfällung der beklagten Gemeinde in die Koſten des dritten Rechtszuges, beſtätigt.

Zu dem erſten Punkt war von beklagter Seite unter Hinweiſung auf die vielfachen von den großh. Staatsverwaltungs- und Sanitätsbehörden ergangenen Verordnungen über den Dienſt und den Gehalt der Hebammen geltend gemacht worden, daß es ſich hier um einen Anſpruch gegen die Gemeinde aus öffentlichem Rechte handle, deſſen Verfolgung daher nicht vor die bürgerlichen Gerichte gehöre.

Allein die oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe beſagen:

Es bilden die Hebammen allerdings ſowohl nach den früheren Verordnungen, als nach der neueſten Staatsminiſterialverordnung vom 8. November, beziehungsweiſe nach Erlaß großh. Miniſteriums des Innern vom 10. November 1865, Reggsbl. No. 53, und der darauf bezüglichen Verordnung großh. Miniſteriums des Innern vom 23. November 1865 (Centralverordnungsblatt No. 34) eine Claſſe des Sanitätsperſonals, und iſt ihr Dienſt, wie z. B. der, eine andere Claſſe des Sanitätsperſonals bildenden, Aerzte, in ſofern zu den öffentlichen Dienſten zu rechnen, als es zur Ausübung deſſelben eines Befähigungszeugniſſes von Seite der großh. Sanitätsbehörde bedarf, die Ausübung des Dienſtes der Aufſicht der Staatsbehörde unterſteht, und von dieſer die Entziehung des Dienſtes ausgeſprochen werden kann. Dagegen ſind ſie, gleich wie die Aerzte, hinſichtlich ihrer Belohnung zunächſt an die einzelnen Perſonen angewieſen, die ihre Dienſtleiſtung in Anſpruch nehmen. Wenn daher eine Hebamme, die ihren Beruf nach der neueſten Verordnung ſelbſtſtändig und ohne zugleich im Dienſte einer Gemeinde zu ſtehen, ausüben darf, ſich in einem Orte gegen Zuſicherung von Emolumenten niederläßt, ſo ſteht ſie zu der betreffenden Gemeinde in gleichem Verhältniſſe, wie der Arzt, welcher durch ähnliche Zuſicherungen ſich beſtimmen läßt, ſich in einer Gemeinde niederzulaſſen oder die armen Kranken daſelbſt unentgeldlich zu behandeln,

man vergl. Fröhlich, Gem.O. §. 42 (jetzt 53) Anm. 11 und
Verordnung großh. Miniſteriums des Innern vom 27. Juni 1843, Reggsbl. No. 17,

wodurch unzweifelhaft ein privatrechtliches Verhältniß zwiſchen ihm und der Gemeinde begründet wird.

Wenn auch nach der früheren, zur Zeit des Dienſteintritts der zwei Klägerinnen beſtandenen, Einrichtung die Hebammen auf Antrag der Gemeinde und mit Genehmigung des Bezirksarztes und des Bezirksamtes in der Regel als Ortshebammen beſtellt werden mußten,

Digitized by Google

so konnte dieß doch das Verhältniß zwischen einer solchen Ortshebamme und der Gemeinde hinsichtlich der ihr dafür zugesicherten Bezüge in rechtlicher Beziehung so wenig ändern, als der Umstand, daß die Gemeinden durch die Staatsaufsichtsbehörden angewiesen sind, für das stete Vorhandensein einer genügenden Anzahl von Hebammen in der Gemeinde Sorge zu tragen, indem der privatrechtliche Charakter des Uebereinkommens nicht dadurch alterirt wird, daß solches in Folge einer administrativen Vorschrift abgeschlossen worden ist.

Aehnlich verhält es sich mit den, über den Gehalt der Hebammen bestehenden, Administrativ-Verordnungen, wornach die Gemeinden sich bei Abschließung ihrer Vereinbarungen benehmen sollen. Wenn die Gemeinde mit einer bestimmten Hebamme eine, jenen Verwaltungsvorschriften entsprechende Vereinbarung wirklich eingegangen ist, so ist der Inhalt jener Verwaltungsvorschriften zugleich Bestandtheil des Vertrags, die sogenannte Lex contractus, unter den Contrahenten geworden und die Hebamme kann die Erfüllung dieser Zusicherungen auch als ein vertragsmäßiges Recht vor dem Richter geltend machen, wobei dahin gestellt bleiben mag, ob nicht auch die Administrativbehörde befugt gewesen wäre, dieselbe im Bezug hergebrachter Nutzungen zu schützen. Jedenfalls kann die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte zur Entscheidung des vorliegenden Streits nicht bezweifelt werden. Ebenso ist aber auch durch die von den Klägerinnen vorgelegten Gemeinderathsverfügungen die an dieselben geschehene rechtsverbindliche Zusicherung der eingeklagten Nutzungen und Bezüge erwiesen, da diese darin ausdrücklich aufgeführt sind."

Bezüglich der Begründung der Klage fahren die Entscheidungsgründe fort:

„Was die Frage betrifft, auf welche Dauer das Vertragsverhältniß zwischen der Gemeinde und den klagenden Hebammen abgeschlossen worden sei, so sprechen alle Gründe für die Annahme, daß jenes Verhältniß für solange gelten sollte, als die betreffenden Frauenspersonen active Ortshebammen sein würden. Jene Nutzungen sind in den gemeinderäthlichen Verfügungen den Klägerinnen schlechthin für ihre Eigenschaft als Ortshebammen zugewiesen und müssen daher als für so lange beabsichtigt gelten, als die Klägerinnen jene Eigenschaft besitzen, auch ist in jenen Verfügungen selbst angeführt, daß der Dienst und die Bezüge der Vorgängerinnen mit dem Tode beziehungsweise mit der Versetzung in den Ruhestand aufgehört hatten, und hiemit übereinstimmend ist in den damals bestandenen Verordnungen, namentlich des Neckarkreis-Directoriums vom 17. September 1827 und 12. Dezember 1828 und des großh. Ministeriums des Innern vom 1. August 1862 beziehungsweise der Regierung des Unterrheinkreises vom 12. August 1862 ausgesprochen, daß der Dienst einer Hebamme in der Regel auf so lange fortdauert, bis eine Versetzung in den Ruhestand wegen Altersschwäche oder Kränklichkeit nöthig wird, welche letztere Maaßregel übrigens nicht von der Gemeinde, sondern dem Bezirksarzte und dem Bezirksamte auszusprechen ist. Man muß daher annehmen, daß einerseits die Gemeinde ihr Verhältniß zu den Hebammen diesen Verordnungen gemäß regeln wollte, und daß anderseits Letztere voraussetzen durften, daß ihre Bestellung in üblicher Weise nach diesen allgemein bekannt gemachten Verordnungen erfolgt und auszulegen sei.

Hiernach erscheint eine einseitige Kündigung des Vertragsverhältnisses und eine theilweise Entziehung der zugesicherten Emolumente, wie der dermalige Gemeinderath sie mit Beschluß vom 17. Februar 1867 den Klägerinnen eröffnete, nicht als statthaft.

Man kann hiergegen nicht einwenden, daß Gemeindedienste in der Regel widerruflich seien,

Org.Ed. vom 26. November 1809 Beilage B. Ziffer 15,

denn, wie gezeigt, gehört der Hebammendienst nicht zu den eigentlichen Gemeindedienſten,

m. vergl. auch Fröhlich Gem.O. §. 53 Anm 11,

und könnte selbst bei jenen ausnahmsweise lebenslängliche Dauer verabredet werden.

Fröhlich, a. a. O. Anm. 3 und zu §. 127 jetzt 148 Anm. 9.

Auch die Bestimmung des L.R.S. 1780 kann nicht entgegengehalten werden, denn abgesehen davon, daß, wie schon von den Vorderinstanzen angeführt wurde, nur derjenige Vertragstheil, welcher die Dienste zu leisten hat, also hier nur die Hebamme, sich auf diese Gesetzesbestimmung berufen könnte, lassen sich überhaupt die L.R.S.S. 1779 und 1780 nicht auf Dienstleistungen, wie die vorwürfigen, anwenden,

Man vergleiche Lauckhard, Rechtsfälle Bd. IV. S. 213,

wie denn bekanntlich unsere Gesetze solche Dienstverhält-

Digitized by Google

niſſe kennen, die von Seite des Staats, der Gemeinde und dergleichen nicht widerruflich ſind.

Hiernach waren die vorderinſtanzlichen Urtheile, und zwar gemäß §. 170 der Pr.O. unter Verfällung der beklagten Gemeinde auch in die Koſten dieſes Rechtszuges, zu beſtätigen. Red.

54.

Das Geding des feſtbeſtimmten Beibringens (die ſogenannte clause d'apport) wirkt kraft Geſetzes den Vorbehalt nicht nur der gegenwärtigen, ſondern auch der künftigen nicht eingeworfenen Fahrniſſe.

Beim Daſein dieſes Gedinges geht das Eigenthum der vorbehaltenen Fahrniß nicht auf die Ehegemeinſchaft über und iſt mithin der Ehemann nicht befugt, vorbehaltene eheweibliche Fahrniß einſeitig zu veräußern.

L.R.S.S. 1500. 1503.

Vorſtehende Sätze hat der oberſte Gerichtshof im Einklange mit dem Appellationsſenate zu Karlsruhe in Sachen Scheck gegen Scherle angenommen. Die Entſcheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheile (vom 3. Dezember 1868) lauten wie folgt:

Bei der am 3. Auguſt 1867 ſtattgehabten Theilung des Nachlaſſes der am 16. Auguſt 1866 zu Pforzheim verſtorbenen ledigen Chriſtina Scherle von da wurde der Ehefrau des Emanuel Ziegler von Kieſelbronn, Katharina geborenen Scherle, einer Schweſter der gedachten Erblaſſerin, außer Fahrniſſen im Werthe von 26 fl. 44 kr. zugetheilt:

1) 1/5 an einer öſterreichiſchen Nationalanlehens-Obligation zu 1000 fl. (Curswerth 600 fl.) ſammt Zinſen, berechnet auf 133 fl. 39 kr.;
2) 1/5 an zwei vierprozentigen badiſchen Staatsobligationen im Nominalwerthe von je 500 fl. ſammt Zinſen, berechnet auf 207 fl. 21 kr.;
3) 1/5 an 19 fl. rückzuzahlender Steueranleihe mit 3 fl. 48 kr.;
4) 1/5 an 25 fl. 44 kr. Caſſenvorrath des Vormunds der entmündigt geweſenen Erblaſſerin mit 5 fl. 9 kr.;
5) von einer Darlehensſchuld des Emil Weyſer von Pforzheim an die Erblaſſerin im Betrage von 1400 fl. und rückſtändigen Zinſen die Summe von 666 fl. 18 kr.

Inhaltlich einer, auf den für die Katharina Scherle, Ehefrau des Emanuel Ziegler, beſtimmten Theilzettel niedergeſchriebenen Urkunde vom 26. Auguſt 1867 übertrug der eben erwähnte Ehemann an den jetzigen Kläger „alle ſeine Rechte“ an den vorhin unter Ziff. 1—5 aufgeführten Forderungen um einen deren Betrag gleichkommenden, angeblich ſofort bezahlten Kaufpreis „zu vollem Eigenthum.“

Mit der dermalen zur Beurtheilung vorliegenden Klage verlangt Kläger von den vier Miterben der Ehefrau des Emanuel Ziegler, welchen gleichfalls je 1/5 an den oben bezeichneten Staatspapieren zugewieſen worden war, die wirkliche Theilung dieſer hiernach bisher in Gemeinſchaft verbliebenen, in Folge Uebereinkunft ſämmtlicher Miterben dem oben erwähnten Vormund zur Aufbewahrung belaſſenen Staatspapiere und beantragt deßhalb zunächſt richterlich auszuſprechen, jene Miterben ſeien ſchuldig, „zum Zweck der Gemeinſchaftsaufhebung, und beziehungsweiſe Vollzug der Erbtheilung“ den Verkauf der fraglichen Staatspapiere geſchehen zu laſſen.

Das Gericht des erſten Rechtszugs gab dem Klagbegehren ſtatt, während das des zweiten Rechtszuges die Klage abwies.

Gegen das im zweiten Rechtszuge ergangene Erkenntniß ward nun klägeriſcher Seits unter dem Antrage auf Wiederherſtellung des Urtheils des erſten Rechtszuges die Oberberufung ergriffen.

Dieſer wurde ſowohl ſofort nach ihrer Einführung als neuerlich wieder bei der diesſeits in der Sache ſelbſt gepflogenen mündlichen Verhandlung der Mangel der nach Pr.O. §. 1151 hier nöthigen Oberappellationsſumme von 500 fl. entgegengehalten; allein ſchon deßhalb ohne Grund, weil, wenn auch die dem Kläger abgetretenen Antheile an den fraglichen drei Staatspapieren an Werth jene Summe nicht erreichen, doch anläßlich der vorliegenden, allerdings zunächſt nur jene Antheile betreffenden Theilungsklage die Frage zu entſcheiden iſt (Pr.O. §. 1102), ob der Ehemann Ziegler überhaupt zur Uebertragung der in der fraglichen Erbtheilung ſeiner Ehefrau zugetheilten Rechte an den jetzigen Kläger, Letztrer alſo zu deren Geltendmachung befugt war, dieſe Rechte aber in ihrer Geſammtheit, wie die Akten über

Digitized by Google

jene Erbtheilung darthun, einen Werth von über 1000 fl. in sich fassen.

War hiernach die Oberberufung zwar zuzulassen, so erscheint dieselbe doch als unbegründet.

Es stellt sich nämlich der Ehemann Ziegler, wie mit Recht von dem Appellationssenate angenommen wurde, um deßwillen als zur fraglichen Rechtsabtretung nicht befugt dar, weil ihm der unter dem 12. Oktober 1853 eingegangene Ehevertrag das Recht zur Veräußerung der der Ehefrau anerfallenden Fahrniß benimmt.

Der §. 1 des gedachten Ehevertrags enthält nämlich, insoweit er bestimmt, daß „jedes der Verlobten von seinem fahrenden Vermögenseinbringen nur den Betrag von zehn Gulden in die Gütergemeinschaft einwerfe," das Geding des L.R.S. 1500 Abs. 2 (die sogenannte clause d'apport).

In Folge dieses Gedinges erscheint aber kraft Gesetzes nicht nur die nicht eingeworfene gegenwärtige, sondern auch die gesammte künftige fahrende Habe als von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen, wie sich, abgesehen davon, daß diese Anschauung schon auf dem Gebiete des rein französischen Rechts ihre gewichtigen Vertheidiger fand [1]), für das badische Recht mit voller Klarheit aus dem Wortlaute der L.R.S.S. 1500 und 1503 ergibt. L.R.S. 1500 verleiht im ersten Absatze den Eheleuten die Befugniß, ihre gegenwärtige und künftige Fahrniß von der Gütergemeinschaft auszuschließen und fährt dann im zweiten Absatze dahin fort, daß durch das Geding, einige fahrende Habe bis zu einer bestimmten Summe oder einem bestimmten Werthe gegenseitig in die Gemeinschaft einbringen zu wollen, „alles Uebrige," worunter bei der Art der Satzfügung jedenfalls auch die künftige Fahrniß zu verstehen ist, „stillschweigend für vorbehalten" (d. i. von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen) „erklärt sei." L.R.S. 1503 gibt jedem Ehetheile das Recht, nach aufgelöster Gütergemeinschaft soviel voraus zurückzunehmen, als die zu Anfang der Ehe von ihm eingebrachte, oder nachher ihm angefallene Fahrniß sein zugesagtes Einbringen in die Gemeinschaft an Werth übersteige, und erklärt damit in ganz unzweideutiger Weise die während der Ehe anfallende Fahrniß als von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen.

Brauer, in den Erläuterungen sagt zu S. 1503 (Band III. S. 391), indem er den Inhalt dieses Satzes anführt, „damit ist deutlich erklärt, daß durch jenes Beibringensgeding nicht nur das mehrere gegenwärtige, sondern auch das künftig anfallende Vermögen verliegenschaftet sei."

Uebrigens sprechen im vorliegenden Falle nicht nur die angeführten Gesetzesstellen auf Grund der oben mitgetheilten Bestimmung des §. 1 des Ehevertrags für den Ausschluß der künftigen Fahrniß aus der Gütergemeinschaft, sondern es ergibt sich zum Ueberflusse ein solcher Ausschluß mit Bestimmtheit noch aus der Fortsetzung jenes §. 1, welche dahin lautet, daß „alles weitere einbringende fahrende Vermögen von der Gemeinschaft ausgeschlossen und als liegenschaftlich und ersatzpflichtig erklärt werde." Es ist nämlich hierin eine ausdrückliche Verliegenschaftung eines jeden, das Einbringen von zehn Gulden übersteigenden fahrenden Vermögens, mithin nicht nur der diese Summe übersteigenden gegenwärtigen, sondern auch der gesammten künftigen Fahrniß zu finden.

Eine natürliche Folge des Ausschlusses der fahrenden Habe aus der Gütergemeinschaft, der Verliegenschaftung dieser Habe ist es, daß die ausgeschlossene, mithin verliegenschaftete eheweibliche Fahrniß in Bezug auf die gesetzlichen Befugnisse des Ehemannes über solche als den eheweiblichen Liegenschaften gleichgestellt erscheint, daß mithin insbesondere der Ehemann ohne Bewilligung der Ehefrau ebensowenig jene Fahrniß, als diese Liegenschaften veräußern darf (L.R.S. 1428). Es kann diese Folge auch nicht, wie dies, namentlich auf dem Gebiete des rein französischen Rechtes mit Bezug auf den Wortlaut des Art. 1503 des C. civ. Seitens mehrerer Schriftsteller geschieht, in der Richtung beseitigt werden, daß dem Ehemanne die Befugniß, über die ausgeschlossene Fahrniß, wie über die nicht ausge-

[1]) Z. B. Toullier, Droit civ. Ed. de Paris t. 13 nro. 311. 312. Andere Schriftsteller, z. B. Troplong, Contr. de mar. nro. 1963, Aubry et Rau, Cours IV. §. 523 note 20 (wo die Controverse erörtert ist) glauben, daß die Frage, ob und inwieweit die künftige Fahrniß bei der clause d'apport von der Gemeinschaft ausgeschlossen sei, eine aus dem einzelnen Ehevertrage zu lösende Thatfrage bilde. — Gegen die im Texte und von Toullier angenommene Ansicht wird hauptsächlich geltend gemacht, daß jede Ausnahme von der gesetzlichen Regel, also auch die clause d'apport als Abweichung von der gesetzlichen Gütergemeinschaft strictissimae interpretationis sei. Zachariä, franz. Civ.R. III. §. 523 zu Note 6. D. E.

schlossene, zu verfügen (Landrechtssatz 1421), der Ehefrau aber das Recht, nach Auflösung der Gemeinschaft zum Voraus für das Veräußerte vollen Ersatz zu fordern, zugestanden wird, indem es für eine solche Anschauung selbst auf dem Gebiete des rein französischen Rechts an genügenden Anhaltspunkten fehlt und ihr, was das badische Recht anlangt, der Wortlaut des L.R.S. 1503 entgegensteht. [2])

Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VI. S. 155.

Wenn oberappellantischer Seits geltend gemacht wird, daß, möge man hinsichtlich der Verfügungsgewalt des Ehemannes über die von der Gütergemeinschaft ausgeschlossene Fahrniß die eine oder die andere der vorhin besprochenen Rechtsansichten haben, doch jedenfalls dann eine vom Ehemanne bewirkte Veräußerung nicht beanstandet werden könne, wenn sie vertretbare Sachen zum Gegenstande habe, oder wenn das Veräußerte bereits in den Besitz des Erwerbers übergegangen sei (L.R.S. 2279), so benimmt diesem Vorbringen schon der Umstand jede rechtliche Bedeutung, daß im vorliegenden Falle nicht etwa Inhaberpapiere im Stück durch eine Seitens des Ehemanns bewirkte Veräußerung in den Besitz des Klägers gelangten, sondern daß Letztrem Seitens des Ehemannes nur das Recht der Ehefrau an mehreren in deren Miteigenthume und in der für sämmtliche Miteigenthümer geübten Innehabung eines Dritten befindlichen Inhaberpapieren, mithin lediglich ein, wie auch der Inhalt der Klage zeigt, durch Theilungsbegehren zu verfolgender Anspruch übertragen wurde, zu dessen Geltendmachung sich Kläger beim Mangel einer dem Ehemanne zustehenden Veräußerungsbefugniß nicht zu legitimiren vermag. [3])

Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht des Pr.O. §. 170 wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden. Roßhirt.

---

[2]) Die Mehrzahl der französischen Schriftsteller folgt der zuletzt erwähnten Ansicht. Zachariä, franz. Civ.R. III. §. 523 zu Note 19, und diese Note, welcher sich auf die Worte des S. 1503 „Chaque epoux a le droit de reprendre et de prélever — la valeur etc." stützt, aber für den Fall der ausdrücklichen Beeliegenschaftung (clause de réalisation) die entgegengesetzte (im obigen Texte auch für die clause d'apport als richtig anerkannte) Ansicht annimmt. A. a. O. zu Note 7. Troplong a. a. O. nro. 1936. 1937. Aubry et Rau a. a. O. p. 392. Dagegen tritt Toullier a. a. O. nro. 326 für die m. E. consequentere Ansicht in die Schranken. Vergl. Gilbert, Codes annotés zu art. 1503 nro. 12. 13. 14. Dalloz, Repert. t. 13 m. contr. de mar. nro. 2694 u. ff. Die Anschauung der Mehrzahl der Schriftsteller folgt der Autorität Pothier de la communauté nro. 325, welcher daraus, daß sich die vorbehaltenen Fahrnisse mit denen der Gemeinschaft, wie er glaubt, mithin (se confondent), ableitet, daß der Eigenthümer der verliegenschafteten Fahrniß nicht ein Recht am Stücke, sondern nur auf Vorausbezug des Werthes habe (la réalisation de ces meubles et leur exclusion de la communauté ne consiste que dans une créance de la reprise de leur valeur). Die Schwäche des Pothier'schen Vordersatzes leuchtet ein. Indessen läßt freilich die Vergleichung des Wortlautes des Art. 1503 mit dem der Ausführung Pothier's annehmen, daß letztere bei Abfassung des eben gedachten Artikels vorzugsweise berücksichtigt worden sei. — Abgesehen von dem oben im Texte angeführten Aufsatze in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern ist die richtige Ansicht in besonderem Hinblicke auf das badische Recht trefflich vertheidigt von Buchelt in den Annalen XVIII. S. 342. Der auf dem Gebiete des franz. Rechts vorherrschenden Ansicht folgt Behagel, badisches Landrecht S. 631. D. E.

35.

Die Verminderung des Streitwerths, welche vor Einreichung der Beschwerdeschrift eintritt, ist geeignet die Unzulässigkeit des Rechtsmittels wegen Mangels der Summe herbeizuführen.

In Sachen
des Sebastian Johmann von Erlenbach, Klägers, Appellanten, Oberappellanten
gegen
den Ochsenwirth Karl Rumm von Windischbuch, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Forderung betreffend,

wurde am 28. Januar 1869, die von dem Kläger gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellations-Senat, vom 27. Mai 1868, No. 2475 eingeführte Oberappellation unter Verfällung des Klägers in die Kosten aus folgenden Gründen als unzulässig verworfen:

„Da die Vorderinstanzen gleichförmig erkannt haben, so beträgt die Oberappellationssumme 1000 fl., welche an dem entscheidenden Zeitpunkte nicht mehr vorhanden war. Sowohl nach gemeinem Recht als nach §. 1105 No. 3 §. 1135 der Pr.O. kommt es bei Berechnung der

[3]) Vergl. Toullier a. a. O. Dalloz a. a. O. nro. 2702. Buchelt a. a. O. D. E.

Digitized by Google

Beſchwerdeſumme auf den Tag an, an welchem die Sache mittelſt Einbringung der Beſchwerdeſchrift an den Oberrichter erwächſt, und nur diejenigen Veränderungen, welche nach dieſem Tage die Werthverhältniſſe treffen, bleiben ohne Einfluß auf die Berufungsſumme, dagegen müſſen die früher eingetretenen, den Werth des Streitgegenſtandes berührenden Vorgänge Berückſichtigung finden. Der Kläger hat nun zugeſtanden, daß an der urſprünglichen Streitſumme von 1208 fl. nebſt 5 pCt. Zinſen vom 6. Auguſt 1867 an, am 21. Juli 1868 der Betrag von 570 fl. nebſt Zinſen an ihn bezahlt worden iſt, wodurch der Streitgegenſtand auf die Summe von 638 fl. nebſt Zinſen herabſank und die Oberappellationsſumme nicht mehr erreicht. Damals war jedoch die Sache noch nicht in III. Inſtanz anhängig, indem die Appellationsausführung erſt Tags darauf, am 22. Juli 1868 eingereicht wurde. Erſt mit dieſem Schritt des Oberappellanten, und nicht ſchon vorher, iſt die Sache an das Obergericht erwachſen, denn damit erſt wird der Oberrichter um ſeine Entſcheidung in der Streitſache ſelbſt angegangen und damit die Gemeinſchaftlichkeit des Rechtsmittels unter den Parteien und das Recht des Gegentheils zur Anſchließung begründet §. 1132 der Pr.O., wogegen der Umſtand, daß das Obergericht die Verfallenerklärungen zu erlaſſen hat, die Schlußfolgerung, daß ſchon mit der Anmeldung des Rechtsmittels die Erwachſenheit bewirkt werde, nicht rechtfertigt, weil durch jene Erklärungen vielmehr gerade ausgeſprochen wird, daß die Sache an das Obergericht nicht erwachſen iſt. Die ergriffene Oberappellation erſcheint hiernach wegen Mangels der Summe als unſtatthaft und mußte daher, wie geſchehen, verworfen werden, in Anwendung des §. 170 der Pr.O. wegen der Koſten. Red.

56.

Das Verhältniß des römiſchen und franzöſiſchen Obligationenrechts.

An einigen beſonders wichtigen Theilen des Obligationenrechtes ſoll in folgenden Abhandlungen dargethan werden, wie weit der Code durch Grundſätze des römiſchen Rechtes erläutert, beziehungsweiſe ergänzt werden darf.

I. Lehre vom Irrthum L.R.S. 1109. 1110.

Betrifft den Irrthum

1) der Beweggrund, ſo iſt er nach römiſchem Rechte ohne Einfluß, ſo ferne es ſich nur um ſolche Umſtände handelt, welche blos auf die Entſtehung des Willens von Einfluß ſind. L. 3 §. 7. D. 12. 4; L. 65 §. 2. D. 12. 6.

Die eine Ausnahme, wenn der Beweggrund durch einen Dolus des Anderen hervorgerufen worden iſt, gehört nicht in die Lehre vom Irrthum; die andere, wenn die (irrige) Unterſtellung einer rechtlichen Verbindlichkeit zu einer Leiſtung beſtimmt hat, wird in beſonderem Abſchnitte über die condictio indebiti erörtert werden.

Auch L.R.S. 1110 gedenkt des Irrthums im Beweggrunde nicht. Bezieht ſich der Irrthum

2) auf die Art des Vertrages, ſo daß jeder Theil einen anderen Vertrag beabſichtigt, der eine z. B. kaufen, der andere blos miethen will, ſo fehlt die zu einem Vertrage nothwendige Uebereinſtimmung, es iſt alſo ein ſolcher überhaupt nicht zu Stande gekommen. L. 18 D. 12 1; L. 3 §. 1 D. 44. 7; L. 5 pr. D. 3. 5.

3) Die Perſon iſt, wenigſtens bei belaſteten Verträgen, in der Regel gleichgiltig; ſofern es aber auf ſie hauptſächlich ankommt, ſo hindert die Verwechslung der Perſon ebenfalls die Einwilligung.

L. 32 D. 12. 1; L. 52 §. 21; L. 66 §. 5 D. 47. 2.

Vergleiche übrigens v. Savigny, Syſtem III. S. 270 ff.

4) Von größter Wichtigkeit iſt der Irrthum beim Objekte.

Hier ſind folgende Fälle genau zu unterſcheiden:

a) Jeder Theil hat einen ganz anderen Gegenſtand (Species oder Grund) im Sinne. Es fehlt jede Uebereinſtimmung und beſteht deßhalb kein Vertrag. L. 57 D. 44. 7; L. 83 §. 1 L. 137 §. 1 D. 45. 1; L. 10 cod. 8. 54; §. 23 I. 3. 19.

v. Savigny, a. a. O. §. 135.

b) der Irrthum bezieht ſich nur auf Eigenſchaften der Sache, welche entweder

aa) der Art ſind, daß vermöge der irrig vorausgeſetzten Eigenſchaft die Sache nach den im Verkehre herrſchenden Begriffen zu einer ganz anderen Art von Sachen gerechnet werden muß, als wozu ſie wirklich vermöge der vorhandenen anderen Eigenſchaften gehört, oder

bb) nur ſo, daß das Daſein gewiſſer Eigenſchaften

Digitized by Google

als Fehler oder das Fehlen von Eigenschaften als Mangel der Sache erscheint.

Wegen dieser Fehler und Mängel gelten die Regeln des ädilitischen Ediktes, welche hier nicht zu erörtern sind.

Der Irrthum über sogenannte wesentliche Eigenschaften (aa) wird dem über den Gegenstand (4a) gleichgestellt, d. h. auch als ein solcher behandelt, welcher das Zustandekommen eines Vertrages hindert. v. Savigny a. a. O. S. 278 ff. v. Vangerow III. §. 604 Anmerkung II.² l. 9 §. 2, l. 10, l. 14, l. 41 D. 18. 1; L. 11 §. 1 D. 18. 1.

Somit liegt gar kein Vertrag vor und bedarf es deßhalb keiner Restitution oder Anfechtung wegen Irrthums:

beim Irrthum über die Art des Vertrages,

bei dem über die Person, wenn diese von entscheidender Bedeutung ist,

bei dem über die Sache und zwar sowohl, wenn über den Gegenstand selbst eine Verschiedenheit der Absicht besteht, als auch wenn wesentliche Eigenschaften fehlen, welche irrig unterstellt worden sind.

Der Code setzt nun in Art. 1109. 1110 voraus, daß ein Vertrag zu Stande gekommen sei, (que le consentement n'a été donné que u. s. w. und setzt für diesen Fall fest, wann derselbe wegen Irrthums angefochten werden darf, — S. 1117 und der badische Gesetzgeber fügt noch bei, daß der Irrthum ein unverschuldeter sein müsse — S. 1110a. Hienach sollten S. 1109. 1110 keine Anwendung finden, wenn wegen mangelnder Willenseinigung ein Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden ist, und dies ist unzweifelhaft der Fall beim Irrthum in der Vertragsart, sowie dann, wenn jeder Theil einen andern Gegenstand gemeint hat.

Betrifft aber der Irrthum wesentliche Eigenschaften der Sache, so betrachtet zwar die herrschende Lehre der Römer diesen Fall ganz gleich wie den Irrthum über den Gegenstand selbst — allein hierin sind eben die Römer selbst im Irrthum. Es ist nämlich einleuchtend, daß keine Willenseinigung besteht, wenn der eine Contrahent den Gegenstand A. kaufen, der andere aber den Gegenstand B. verkaufen will; ebenso klar ist aber das Vorhandensein des Consenses wenn Beide den Gegenstand A. meinen, aber der Eine oder Beide ihn für einen goldenen halten, während er nur von Messing ist.

Nach dem Referate Ulpian's in l. 9 D. 18. 1 hat daher Marcellus offenbar die richtigere Ansicht, wenn er sagt;

„emtionem esse et renditionem, quia in corpus consentum est, etsi in materia sit erratum."

Ebenso hat Paulus in L. 21 §. 2 D. 19. 1, den richtigen Gedanken ausgesprochen.

Auch Savigny erkennt die Unrichtigkeit der Theorie der Nichtigkeit an, indem er a. a. O. S. 293 sagt:

„Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß diese Behandlung des erwähnten Falles, so natürlich und billig sie uns oft erscheinen mag, eine künstlichere Natur hat, als die gleiche Behandlung des error in corpore, bei welchem die Annahme eines wirklichen Willens ganz unmöglich sein würde."

Ist aber die Gleichstellung des Irrthums über die Sache selbst mit demjenigen über ihre wesentlichen Eigenschaften unrichtig, so liegt gewiß kein Grund vor, diesen römischen Irrthum in unser Recht hineinzutragen.

Nach der obigen Ausführung gehören also die Fälle, in welchen Mangels der Uebereinstimmung ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen ist, nicht unter die L.R.S. 1109. 1110.

Im Code ist auch der Irrthum über die Art des Vertrages nicht erwähnt und unter „substance de la chose" ist nicht das corpus, sondern qualité substantielle zu verstehen.

Vergl. Pothier, contr. nro. 17. 18. Bigot-Préameneu, exp. in Locré XII. p. 319.

Hieraus ergibt sich aber, daß der Irrthum über wesentliche Eigenschaften den Vertrag nicht nichtig, sondern anfechtbar macht.

Dieser Unterschied vom römischen Rechte ist, wie bereits dargethan wurde, ein Vorzug des Code.

Daran reiht sich die sehr erhebliche Folge, daß es bei diesem Irrthume auf die Entschuldbarkeit ankommt.

L.R.S. 1110a.

Gerade letztere Consequenz wurde in zwei Entscheidungen deßhalb nicht anerkannt, weil man in Anwendung des römischen Rechts den Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft für einen sogenannten unächten Irrthum hielt.

S. hatte bei einem Bankier badische Staatspapiere gekauft und es stellte sich später heraus, daß einzelne der hingegebenen Papiere bereits gezogen waren.

Es wurde nun der Klage des Verkäufers auf Vertragsauflösung die Einrede eigenen Verschuldens und fer-

Digitized by Google

ner entgegengehalten, daß Kläger nicht mehr im Stande sei, dem Beklagten wenigstens solche Papiere zu geben, welche bei der dem Verkaufstage nächstfolgenden Ziehung hätten gezogen werden können.

Vom Gerichte zweiter Instanz wurden beide Einreden deßhalb zurückgewiesen, weil ein den Consens ausschließender Irrthum vorliege, was unrichtig ist, wenn man erwägt, daß über die hingegebenen corpora jedenfalls Einigkeit herrschte.

In einem andern Falle klagte ein Käufer von Stangen auf Auflösung des Vertrages, weil er in der Meinung gesteigert habe, es seien Hopfenstangen, es sich aber herausgestellt habe, daß es Bohnenstangen waren. Mit Recht wurde wohl dieser Klage entgegengehalten, daß der Käufer vorher die im Walde gelagerten Loose hätte besichtigen können, mit Unrecht wurde angenommen, es sei aliud pro alio gekauft worden, mithin kein Consens vorhanden und die Frage des eigenen Verschuldens unerheblich.

Eine andere erhebliche Folgerung, welche sich aus der Anwendung der römischen Lehre über den Irrthum in wesentlichen Eigenschaften ergäbe, wäre die, daß dessen Geltendmachung 30 und nicht blos 10 Jahre lang möglich wäre.

Ueber die Frage, welche Eigenschaften la substance, das Wesen der Sache, ausmachen, gibt Demolombe Bd. XXIV. No. 92 ff. sehr lehrreiche Beispiele.

Zu berichtigen dürfte übrigens die in No. 94 aufgestellte Behauptung sein, wonach der Vertrag anfechtbar sei, wenn eine *bedungene* (wesentliche oder unwesentliche) Eigenschaft fehlt; der Vertrag ist nicht anfechtbar, sondern dessen *Erfüllung* ist nicht erfolgt. Sehr wichtig ist die Erörterung der Frage, ob es genüge, wenn nur *ein* Theil im Irrthum befangen ist, oder ob dies bei beiden Theilen der Fall sein müsse?

Mit Recht scheidet Demolombe hier zunächst den Fall der Arglist aus.

Von den Gründen, welche sodann Demolombe für die Ansicht anführt, daß schon der Irrthum auf einer Seite die Anfechtung begründe, scheinen zwei durchschlagend:

Einmal, daß der Irrthum mit Betrug und Zwang auf gleiche Linie gestellt ist, und daß in diesen Fällen schon die mangelhafte Einwilligung *eines* Theiles zur Anfechtung genüge.

Sodann, daß der Irrthum über die Sache dieselbe Wirkung haben müsse, wie der über die Person, daß aber der letztere jedenfalls nur auf einer Seite obwalten könne.

Die Person ist entweder ganz bedeutungslos, da es z. B. einem Verkäufer gleichgiltig sein kann, ob B. oder C. sein Abnehmer ist — hier hat der Irrthum keinen Einfluß, oder

sie ist wie bei Schenkungen das Entscheidende, dann hindert deren Verwechslung das Zustandekommen des Geschäfts, oder

ihre *Eigenschaft* ist wesentlich, indem es z. B. sehr darauf ankommt, ob B., dem die Fertigung eines Porträts übertragen wird, ein Künstler oder ein Anstreicher ist.

In diesem Falle ist der Vertrag nicht nichtig, sondern mit Recht nur anfechtbar.

Hiernach kann der Code mit den gemeinrechtlichen Lehren über den Irrthum, soweit sie innerlich richtig sind, in Einklang gebracht werden.

Im badischen Rechte dagegen ist in dem Art. 1110 auch der Irrthum über die Vertragsart aufgenommen worden, weil Brauer (Bd. III. S. 11) der Meinung war, daß in dem französischen Ausdrucke „substance de la chose" auch dies inbegriffen sei. Hiemit ist aber ein Fall, in dem offenbare Nichtigkeit vorliegt, zu einem solchen bloser Anfechtbarkeit gestempelt worden.

Dies kann aber nicht hindern, im übrigen die richtigen Grundsätze anzuwenden und so gelangt man zu folgenden Sätzen:

I. Der Vertrag ist anfechtbar nach S. 1110:
1) wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften der Sache,
2) wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften der Person,
3) beim Irrthum über die Vertragsart (nach badischem Rechte.)

II. Kein Vertrag ist vorhanden:
1) beim Irrthum über die Sache selbst (corpus),
2) bei dem über die Person, sofern diese entscheidend ist;

und nach französischem Rechte im Falle I. 3. —

III. Wurde eine *andere* Sache geliefert, als bedungen war, so ist nicht erfüllt.

IV. Hat die gelieferte Sache geheime Mängel oder Fehler, so sind S. 1641 ff. maaßgebend. —

Digitized by Google

II. Sammtverbindlichkeit

Erst seit Ribbentrop (1831) ist der Unterschied zwischen der Correalität und der obligatio in solidum in der Wissenschaft streng untersucht und weiter entwickelt worden.

Es ist daher bei denjenigen Schriftstellern, welchen die Redaktoren des Code vorzugsweise das Obligationenrecht entlehnten, und bei diesen Gesetzgebern nicht vorauszusetzen, daß sie die Lehre von der Sammtverbindlichkeit im Bewußtsein von diesem Unterschiede bearbeitet haben.

Wenn z. B. Dumoulin in seinen tr. dividui et individui III. Th. No. 151 sagt:

> „Oportet expresse constare, aut saltem certis quamvis tacitis argumentis actum esse, duos vel plures esse correos, alias remanent in simplicibus reis, etiamsi in solidum juxta naturam obligationis teneantur etiam eorum heredes,"

so geht doch gerade aus der Bezugnahme auf die Erben hervor, daß er dabei an untheilbare Verbindlichkeiten dachte. Hiernach ist wohl anzunehmen, daß unser Gesetzbuch sich nur deßhalb auf die Regelung der eigentlichen Correalität beschränkt, weil eben seinen Urhebern der Unterschied von der Solidarität nicht klar vorschwebte. —

Wäre aber letzteres auch der Fall gewesen, so hätte doch keine Veranlassung vorgelegen, die obligatio in solidum besonders zu erörtern.

Wie sich nämlich diese rein aus der Natur der Sache ergibt, so fließen auch die rechtlichen Grundsätze, nach denen sie zu behandeln ist, aus der Art und Weise ihrer Entstehung.

Wenn z. B. A. dem B. den Auftrag ertheilt, für ihn ein Geschäft zu besorgen, und gleichzeitig oder später den C. mit dem gleichen Geschäfte betraut, Beide aber es vernachlässigen, so hat eben A. sowohl gegen B. als auch gegen C. eine Klage auf Ersatz. —

Diese beiden Rechtsverhältnisse bestehen ganz unabhängig nebeneinander und nur ein Moment bringt sie unter sich in Zusammenhang, das nämlich, daß der Auftraggeber keinen Schaden mehr hat, sobald er von dem Einen oder dem Andern seiner Beauftragten befriedigt ist. —

Auf solche von dem Einen geleisteten Ersatz kann sich der Andere nicht als auf eine für ihn gemachte Zahlung berufen, sondern nur in der Richtung, daß der Gläubiger arglistig klage, nachdem er bereits schadlos gestellt ist (exc. doli generalis).

Aus der gänzlichen Unabhängigkeit der Vertragsverhältnisse von einander ergibt sich aber, daß ein Nachlaßvertrag, eine Mora, eine Unterbrechung der Verjährung u. s. w., welche beim einen eintritt, das andere in keiner Weise berührt.

Wie sehr der Code jeweils nur das Correalverhältniß ins Auge faßt, zeigt sich bei L.R.S. 1995. — Wenn mehreren Personen derselbe Auftrag in verschiedenen Urkunden gegeben wurde, so ist jede derselben aus dem ihr ertheilten und von ihr angenommenen Auftrage für sich und zwar für alle Folgen ihrer etwaigen Versäumniß haftbar, d. h. es entsteht dasjenige Verhältniß, welches wir als „Solidarität" bezeichnen, und es hat dieses Verhältniß viel strengere Folgen, als das der Correalität, weil, wie bereits angedeutet, kein Schuldner sich auf den Nachlaß, Vergleich, Rechtswandlung berufen kann, welche mit dem anderen eingegangen wurden.

Gleichwohl dachten sich die Verfasser als den Fall, welcher möglicherweise strenger aufgefaßt werden könnte, den, wenn der Auftrag an Mehrere in der gleichen Urkunde ertheilt worden ist und hielten es für nothwendig, besonders hervorzuheben, daß sogar nicht einmal hier Sammtverbindlichkeit stattfinde; es geschieht dies in einer Fassung, aus welcher man erkennt, daß keine Vorstellung davon vorhanden war, daß eine ganz andere Art von Sammtverbindlichkeit erwachse, wenn der Auftrag in verschiedenen Urkunden ertheilt war.

Da jedoch nur die Correalität — der Fall der una et eadem obligatio — auf einer Art gesetzlichen Fiktion beruht, die Solidarobligation sich aber mit der einfachen Thatsache ergibt, daß von mehreren Personen jede für sich dieselbe Verpflichtung eingehe: so hat man in neuer Zeit mit Recht trotz des Stillschweigens des Code über das letztere Verhältniß, eben doch überall die eigentliche Solidarität, wo sie sich aus der Natur der Sache findet, anerkannt. —

Rodière, de la solidarité et de l'indivisibilité No. 42 ff. — Jahrb. XIII. S. 209 ff.

Rodière geht nun in seinem Werke die einzelnen Fälle der Sammtverbindlichkeit durch und untersucht, welche in die Klasse der Correalität, welche zu der reinen obligationes in solidum gehören.

Digitized by Google

Zu letzteren rechnet er z. B.:

1) Die Haftbarkeit des Gegenvormundes überhaupt und im Falle des L.R.S. 1442. —
2) Die Verpflichtung mehrere Miether 1734.
3) Unter Umständen mehrerer Mandanten 2002.
4) Mehrere, welche gemeinschaftlich eine unrechte That verüben.
5) Mehrere zur Ernährung verpflichtete Personen. —

Läßt man nun dahin gestellt, ob dies in der That alle obligationes in solidum sind: so erhebt sich doch folgendes Bedenken:

In L.R.S. 1202 ist gesagt, daß eine Sammtverbindlichkeit nicht vermuthet werde; sie müsse entweder ausdrücklich bedungen oder vom Gesetze eingeführt sein.

Es wird sodann in S. 395. 396. 1033. 1442. 1734. 1887. 2002. 2021. 1382d. jeweils hervorgehoben, daß hier Sammtverbindlichkeit vorliege.

Erwägt man nun, daß, wie dargethan, zur Zeit der Abfassung des Code der an sich zwar einfache Unterschied zwischen Correalität und Solidarität noch nicht zum Bewußtsein gelangt war: so wird man den Art. 1202 nicht anders auslegen können, als daß hiernach alle Fälle, in welchen das Gesetz ausdrücklich Sammtverbindlichkeit anerkennt, nach den nämlichen Regeln und Grundsätzen zu behandeln sind, welche im Gesetze für die Sammtverbindlichkeit gegeben sind, welche der Gesetzgeber allein kannte, allein im Auge hatte.

Wenn nun Rodière z. B. in den Fällen der Sätze 1442. 1734 nur eine obligatio in solidum annimmt (vergl. Nr. 190. 191. 206), so spricht er folgeweise auch aus, daß z. B. die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Verpflichteten nicht die gleiche Wirkung gegen den andern habe, das Urtheil zu Gunsten des Einen den andern nicht berühre; er nimmt ferner an, daß sich der Andere nicht auf einen, dem Mitschuldner gewährten Nachlaß berufen könne u. s. w. — (Vergl. auch Jahrb. XIII. a. a. O.)

Gibt man nun auch zu, daß in diesen Fällen (1442. 1734) an und für sich nur Solidarität vorliege: so wird nach dem oben Ausgeführten doch das Gesetz unzweifelhaft gegen die Anschauung seiner Urheber ausgelegt, wenn man auf diese besonders als „Sammtverbindlichkeit" bezeichneten Fälle nicht die Regeln zur Anwendung bringt, welche jene für die Sammtverbindlichkeit aufgestellt haben.

Mag auch diese Behandlung der vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fälle der Sammtverbindlichkeit nach den Grundsätzen der Correalität dem Wesen der Sache nicht entsprechen: so folgt daraus eben nur, daß der Gesetzgeber im Unrechte ist; dagegen dürfte der Richter zu weit gehen, wenn er alle unrichtigen Ansichten des Gesetzgebers durch eine derartige freie Auslegung beseitigen wollte.

Hiernach steht zwar nichts entgegen, die eigentliche Solidarität überall da anzunehmen und nach ihrem Wesen zu behandeln, wo sie uns in der Thatsache entgegentritt, daß mehrere selbstständige auf denselben Gegenstand gerichteten Vertragsverhältnisse vorliegen; dagegen ist es unstatthaft, Fälle wirklicher Solidarität, nach eben diesen Grundsätzen zu beurtheilen, wenn und obgleich das Gesetz sie (in seinem Sinne) als Sammtverbindlichkeit hervorgehoben hat. —

Nach Rodière's Ausführung sind auch die meisten Fälle, in welchen das Gesetz von Sammtverbindlichkeit spricht, solche der Correalität, so daß nur die bereits erwähnten S. 1442. 1734 eine Ausnahme machen würden; während nach dem Code nichts entgegensteht, mehreren Deliktscomplicen, zur Ernährung Verpflichtete, mehrere Mandatare, Commodatare, Depositare als in solidum haftend zu behandeln.

(Vergleiche v. Savigny, Obligation I. Seite 141. 197 ff.

Da L.R.S. 1382d mehrere Thäter, welche zu einem Erfolge vorsätzlich zusammenwirkten, sammtverbindlich erklärt: so müssen aus den bereits entwickelten Gründen diese als correi beurtheilt werden, so daß also z. B. der eine Thäter sich nicht auf den, dem andern gewährten Nachlaß berufen kann. Liegt kein Zusammenwirken, sondern ein selbstständiges, auf den gleichen Erfolg gerichtetes Handeln vor, so haften die Thäter in solidum.

Schließlich ist noch die Frage des Rückgriffes zu besprechen.

Für die Correalität ist sie in L.R.S. 1214 ff. 1251. 2029 geordnet.

Für die Solidarität gestattet das römische Recht (Delikte ausgenommen) demjenigen, welcher die ganze Schuld bezahlt hat, den Rückgriff auf die Mitschuldner. L. 30 D. 3. 5; L. 1 §. 14. 15; L. 20 D. 27. 3; L. 4 cod. 5. 44; L. 2 cod. 5. 58; L. 4 D. 9. 3

Die Klage wird zum Theil als actio negotiorum

Digitized by Google

gestorum theils als eine utilis (wie wenn sie cedirt worden wäre) bezeichnet, und von Vangerow meint (§. 573 Anm. 3 Ziff. 4), es erkläre sich dies sehr natürlich, wenn man nur bedenke, daß, wenn einer von mehreren blos solidarisch Verpflichteten das Ganze bezahle, er nicht blos eine Obligatio aufhebe, deren Subjekt er ist, sondern zugleich eine selbstständige der übrigen. Allein gerade diese Unterstellung einer Geschäftsführung ist deßhalb sehr bedenklich, weil es meistens am animus obligandi, negotia gerendi fehlen wird. (cf. Vangerow, §. 664. II.[1].

Fasse man z. B. den Fall in's Auge, daß A. dem B. und ganz getrennt dem C. einen und denselben Auftrag ertheilt hat, und daß beide Beauftragten ihre Pflicht nicht erfüllen; wenn nun C. den A. entschädigt, so handelt er doch sicherlich nicht mit der Absicht, ein Geschäft des B. zu führen! Er kann ja vielleicht von B. gar nichts wissen. —

Auch wenn der eine Uebelthäter Ersatz geleistet hat, geschah dies nicht in der Absicht, den andern zu befreien, sondern, weil eben erzahlen mußte.

Wenn die Römer in diesen und anderen Fällen (z. B. L. 31 §. 7 D. 3. 5. L. 6 §. 2. L. 19 §. 2 D. 10 3.) in der Auffassung der actio negotiorum gestorum contraria etwas lax waren: so liegt doch kein Grund vor, diese Fehler nachzuahmen!

Dieses Herüberziehen des römischen Rechtes kann auch nicht aus dem Gesichtspunkte gerechtfertigt werden, daß sich Niemand ohne Grund auf Kosten des Andern bereichern dürfe.

Es ist allerdings eine mittelbare Folge, daß die Zahlung des einen Solidarschuldners vom andern mit der exceptio doli generalis angerufen werden kann, weil es unredlich wäre, wenn der Gläubiger die Leistung mehrfach annähme: allein, da eben derjenige, welcher bezahlt hat, sich von seiner Schuld befreite, hat sich der Andre doch nicht auf fremde Kosten bereichert.

Auch der andere Gesichtspunkt der Römer — die fingirte Cession — greift hier nicht Platz.

Es liegt kein Fall des Satzes 1251[3] vor, weil der Solidarschuldner weder mit Anderen noch für Andere, sondern aus einem unabhängig selbstständig dastehenden Verpflichtungsgrunde für sich zu zahlen hat. cf. Vangerow III S. 83.

Hiernach dürfte kein Grund vorliegen, den Rückgriff zu gestatten. Dr. Dreyer.

57.

Oberhofgerichtliche Entscheidung über Gantfragen.

Negative Bezeichnung des Paraphernalguts der Ehefrau. L.R.S. 1574.

Zum Beweise der Verwendung desselben für den Ehemann dienen nur solche Urkunden, welchen auch von Seiten der mit der Ehefrau collidirenden Gantgläubiger Glauben gebührt.

Ob einer Urkunde diese Eigenschaft zukomme, hat das Gericht nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu entscheiden.

Ein mit einer Unterpfandsbestellung ꝛc. verbundenes Anerkenntniß solcher Verwendungen, welches der Ehemann während der Ehe vor der Ganteröffnung ausspricht, unterliegt an sich nicht dem Verdachte des §. 759 der Pr.O. und beweist auch gegen die mit der Ehefrau collidirenden Gläubiger im Concurse des Ehemanns.

Ein solches Anerkenntniß wird nur durch die Einrede der Simulation entkräftet.

Bedeutung und Widerruf des von dem Gantanwalt abgelegten Geständnisses. §. 764 der Pr.O. L.R.S. 1358.

In Sachen

der Ehefrau des Fabrikanten Heinrich Gottfried Hoffmann, Jeanette geb. Treupel in Freiburg, Liquidantin, Appellatin, Oberappellantin,

gegen

die Gantmasse ihres Ehemannes, Liquidatin, Appellantin, Oberappellatin,

Forderung und Vorzug betr.,

hatte die Ehefrau außer der Schadloshaltung für übernommene Schulden sowohl ihre Ehesteuer als auch ihr Paraphernalvermögen liquidirt, und durch das Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Freiburg vom 23. April 1868 in III. Ordnung A. No. 51 unter

„b) Rückersatz des in die Ehe eingebrachten eheweiblichen Dotalvermögens fl. 12,067. 37 kr. mit gesetzlichem Unterpfandsrecht auf das liegenschaftliche Vermögen der Masse vom 26. April 1860; —

Digitized by Google

c) Rückersatz von Paraphernalvermögen, fl. 10,000 sammt Zins zu 4 ½ pCt. vom 1. September 1864 mit bedungenem Unterpfandsrecht auf das liegenschaftliche Vermögen der Masse vom 12. October 1864 für die Capitalsumme von fl. 10,000 und für die Zinsen aus fl. 10,000 vom 1. September 1864 (zwei Jahren und laufenden) und richterlichem Unterpfandsrecht für fl. 500 von diesen Zinsen vom 10. Dezember 1866; —"

unter Wettschlagung der Kosten des Sonderstreitverfahrens zuerkannt erhalten.

Allein auf die Berufung der Gantgläubiger wurde durch Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 9. Octbr. 1868, No. 3691, das Ganturtheil zwar in seiner Bestimmung unter b) bezüglich des eingebrachten Dotalvermögens von fl. 12,067 37 kr., sowie in seiner Entscheidung über die Kosten bestätigt, bezüglich seiner Bestimmung über den Rückersatz des Paraphernalvermögens von fl. 10,000 nebst Zins unter c) dagegen dahin abgeändert:

„Die Klägerin sei mit dieser Ersatzforderung nebst Zinsen abzuweisen und seien die Kosten dieses Rechtszugs wettzuschlagen."

Die Ehefrau des Gantmanns erachtete sich durch dieses Urtheil, soweit darin ihre Forderung von 10,000 fl. Paraphernalvermögen abgewiesen ist, für beschwert.

Ihre Beschwerde, sowie das Gesuch um Wiederherstellung der entsprechenden Bestimmungen des Gantur theils erschien dem großh. Oberhofgericht als begründet, welches durch Urtheil vom 15. April 1869 erkannte:

„Das Urtheil des Appellationssenats sei, soweit dagegen oberappellirt wurde, aufzuheben, und das Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Freiburg vom 23. April 1868, soweit es in III. Ordnung besagt:

A. No. 51 Jeanette Hoffmann, geb. Treupel, Ehefrau des Gantmanns:

2c. c) Rückersatz von Paraphernalvermögen, fl. 10,000 sammt Zins zu 4 ½ pCt. vom 1. September 1864 mit bedungenem Unterpfandsrecht auf das liegenschaftliche Vermögen der Masse vom 12. October 1864 für die Capitalsumme von fl. 10,000 und für die Zinsen aus fl. 10,000 vom 1. September 1864 (zwei Jahre und laufenden) und richterlichem Unterpfandsrecht für fl. 500 von diesen Zinsen vom 10. Dezember 1866; —

— und bezüglich der Kosten: die Kosten des Sonderverfahrens werden wettgeschlagen; —

unter Verfällung der Gantmasse in die Kosten der zweiten und dritten Instanz, wiederherzustellen."

Entscheidungsgründe:

Nach ihrem Ehevertrage lebte die Liquidantin mit dem Gemeinschuldner in bewidmeter Ehe, in welche sie nach §. 1 desselben als Ehesteuer von dem baaren Gelde, welches der Ehemann vor der Ehe aus ihrem Vermögen erhalten hatte 12,067 fl. 37 kr. und Fahrniß im Anschlag von 2552 fl. 47 kr. eingebracht hat.

Nach §. 2 des Ehevertrags sollte alles anderweite, außer dem als Ehesteuer bezeichneten, sowohl der Braut damals schon zustehende, als auch das später noch anfallende Vermögen Paraphernalgut der Frau sein und ihrer ausschließlichen Verwaltung und Benützung überlassen bleiben und nach §. 3 sollten auch die Ersparnisse aus dem Paraphernalvermögen ausschließliches Eigenthum der Ehefrau sein.

Ein Verzeichniß des zur Zeit des Eheabschlusses vorhandenen Paraphernalvermögens war dem Ehevertrag nicht beigelegt, sondern die Brautleute begnügten sich mit der negativen Bezeichnung und konnten sich nach L.R.S. 1574 damit begnügen, daß alles nicht als Ehesteuer verzeichnete Vermögen der Ehefrau deren Paraphernalgut sei.

Insoweit nun die Ehefrau Ersatz aus der Masse für Paraphernalbestandtheile verlangt, welche sie zur Befriedigung von Gläubigern des Ehemanns verwendet habe, liegt ihr — gegenüber der in A.S. (230) 233 gegen die Ehefrau des Gemeinschuldners zu Gunsten seiner Gläubiger begründeten Vermuthung, daß die zu solchen Zwecken verwendeten Gelder aus denen ihres Ehemanns entnommen worden seien, — die Beweislast ob.

Zur Führung dieses Beweises, daß die für den Ehemann verwendeten Gelder Eigenthum der Ehefrau gewesen seien, dienen aber nicht blos öffentliche Urkunden (actes authentiques), sondern, wie selbst in Frankreich zum Nachweis des Erwerbs des Geldes und der Fahrniß (wenn auch nicht des Anspruches auf Unterpfandsrecht) bei Anwendung der Art. 550 und 547

Digitized by Google

(A.S. 233. 230) und des Art. 551 C. de c. (A.S. 234) angenommen wird,

vergl. Dalloz, rép. Bd. 24 S. 344 No. 1090.
„ 347 „ 1102.
„ 349 „ 1111.
„ 37 „ 237 „ 374.

und wie in Baden durch die Wahl des Ausdrucks „beglaubte Urkunden" in A.S. 234. 229 zu erkennen gegeben ist, — überhaupt solche Urkunden, denen auch von Seiten der Gläubiger Glauben beizumessen ist.

Ob den zu diesem Zwecke von der Ehefrau vorgelegten Urkunden jene Eigenschaft zukomme, haben die Gerichte nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu würdigen.

Zachariä, §. 522 Note 9 am Schlusse Bd. 3 S. 269.

Als eine beglaubte Urkunde in diesem Sinne ist nun der Eintrag vom 12. October 1864 zum Pfandbuche anzusehen, worin der Ehemann der Liquidantin erklärt, daß er für 10,000 fl., „welche dieselbe ihm aus ihrem Paraphernalvermögen und zwar 8000 fl. theils baar, theils durch Einlösung von Wechseln und insbesondere durch Uebernahme der von Banquier Gustav Holz in Frankfurt a. M. ihm creditirten Summen und weitere 2000 fl. als Depositum gegeben hat," seine Liegenschaften in Freiburg, deren Erwerb schon vor der Ehe, nämlich am 28. October 1858 zum Grundbuch eingetragen worden war, zum Unterpfand bestelle.

Das in dieser Urkunde niedergelegte Anerkenntniß des Ehemannes kann an sich, da es — wenn auch zu Gunsten seiner Frau — mehrere Jahre vor der am 10. October 1867 erfolgten Gantöffnung ausgesprochen worden ist, nicht von dem Verdachte getroffen werden, welcher gegen ein, nach ausgebrochener Gant zu Gunsten der Ehefrau gerichtlich abgelegtes Geständniß desselben nach §. 759 der Pr.O. gerechtfertigt wäre.

Jene in öffentlicher Form errichtete Urkunde enthält aber nicht blos das Anerkenntniß früherer Verwendungen aus dem Paraphernalvermögen der Ehefrau zum Nutzen des Ehemanns, sondern auch das Versprechen der Verzinsung und des künftigen Ersatzes, beziehungsweise der Rückzahlung der verwendeten Summe als Darleben und die Bestellung einer Sicherheit dafür, beweist sonach als ein, neue Verbindlichkeiten begründender, Act auch gegen die Mitgläubiger im Koncurse.

L.R.S. 1328. 1337 Abs. 1.

Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 22 Ziff. 92, S. 135 — 137.

Der Inhalt der Urkunde konnte zwar mit der Einrede der Simulation möglicher Weise entkräftet werden, und diese ist auch von dem Gantanwalt in II. Instanz nachgebracht, aber dort als nicht genügend begründet verworfen und hier nicht weiter geltend gemacht worden.

Das urkundliche Anerkenntniß des Ehemanns ist übrigens noch unterstützt durch das vom Gantanwalt vor dem Gantgerichte in der Tagfahrt vom 19. Dezember 1867 abgelegte Geständniß, welches er nach anfänglichem Widerspruch in Folge mündlicher und urkundlicher Erläuterung bezüglich der fraglichen Beträge abgelegt hat. Dem Geständniß des nach §. 721 der Pr.O. verpflichteten und auf seine gewissenhafte Ueberzeugung angewiesenen Gantanwalts ist aber, wie aus §. 764 der Pr.O. zu entnehmen, die Bedeutung beigelegt, daß es der Liquidantin die weitere Beweispflicht abnimmt. Diese Bedeutung würde es allerdings nicht haben, wenn ihm eine widersprechende Erklärung des Gemeinschuldners gegenüberstände; eine Nachholung der Vernehmlassung desselben über diese Ersatzforderung, welche vom Gantgericht nach Vorschrift des §. 557 der Pr.O. hätte erhoben werden sollen, kann aber jetzt unterbleiben, da der Gemeinschuldner dadurch, daß er die Liquidantin zur Einführung der Oberappellation ermächtigte, deren Anspruch unzweideutig als begründet anerkannt hat.

Auf das Geständniß des Gantanwalts, als des für die Gläubiger bestellten Vertreters, findet der Schlußsatz des L.R.S. 1358 Anwendung, mithin ein Widerruf durch den Gantanwalt, wie durch die von ihm vertretenen Gläubiger, nur auf Grund des Beweises statt, daß es Folge eines Irrthums war, vergl. §. 764 der Pr.O.

Ein Widerruf dieser Art kann aber in der Erklärung nicht gefunden werden, welche der Gantanwalt in der Tagfahrt vom 23. April 1868, welche das Gantgericht zur Vernehmlassung auf die Beweisantretung der Liquidantin anordnete, dahin abgab, daß er sich eine in der Liquidationsverhandlung unterlassene Einrede für die zweite Instanz vorbehalte, nämlich daß der Posten von 5000 fl., beziehungsweise 6250 fl. 45 kr. unter dem Vermögen „stecke," welches im Betrag von 12,067 fl. 37 kr. in die Ehe eingebracht worden ist.

Diese Einrede ist übrigens in zweiter Instanz nicht vorgetragen worden und durch das dem Ehevertrag, be-

Digitized by Google

ziehungsweise der Liquidation angeschlossene Verzeichniß widerlegt.

Die Liquidantin hat hiernach ein Uebriges gethan, wenn sie zu mehrerer Ueberzeugung des Gerichts nachträglich noch detaillirte Nachweisungen über die Veräußerung des liegenschaftlichen Vermögens ihrer Eltern, die Vermögensübergabe derselben, die Auslieferung ihres Vermögensantheils und die allmälige Aufopferung ihres vorbehaltenen Vermögens für Befreiung ihres Mannes von den ihm drückenden Verbindlichkeiten beigebracht hat; wenn auch nicht als Beweismittel zu behandeln, sind sie doch immerhin geeignet, die richterliche Ueberzeugung von der Begründetheit des Anspruchs der Liquidantin noch weiter zu bekräftigen. Pr.O. §. 583 Abs. 2.

Da die Sicherheitsstellung zum Zweck der Ergänzung des für den Ehemann verwendeten Parapherualvermögens der Ehefrau bestimmt ist, so war sie auch während der Ehe zulässig.

Vergl. L.R.S. 1595 Ziff. 2.

Zachariä, §. 351 Note 7 Bd. II. S. 369.

Hiernach erscheint das Ganturtheil in seinen hier einschlagenden Bestimmungen gerechtfertigt, die Abweisung dieser Ersatzforderung der Ehefrau aber nicht begründet, weßhalb wie geschehen, wegen der Kosten gemäß §§. 169. 170 der Pr.O., zu erkennen war. Red.

53.

Etwas über die sog. Praxis der Gerichte.

Unlängst trat ein jüngerer Anwalt, der in einer Sicherheitsarrestsache Bescheinigung beizubringen hatte, bei einem schon bejahrteren Amtsrichter mit der Behauptung auf, daß es bei den Amtsgerichten Praxis sei, daß man in Fällen der vorliegenden Art Seitens des Arrestklägers die Zeugen mitbringe und in der That hatte er auch zwei Zeugen mitgebracht. Dem Amtsrichter, der seine 30 Dienstjahre hinter sich hatte und der Ueberzeugung ist, daß er diesen Zeitraum doch auch nicht verschlafen habe, war eine solche Praxis unbekannt. Diese Neugeburt der Praxis gibt daher Veranlassung der sogenannten Praxis der Gerichte etwas genauer auf die Finger zu sehen und daher zu folgenden Betrachtungen.

Man darf wohl den Begriff der „Praxis“ im Wesentlichen dahin feststellen, daß man unter ihr diejenigen Rechtsübungen und Verfahrungsweisen versteht, welche von den Gerichten in der Regel beobachtet werden, wo entweder das Gesetz eine wirkliche Lücke hat, oder wo sein Ausspruch zweideutig ist, und man sich daher entschieden für die eine der verschiedenen Auslegungen ausspricht, oder wo es dem richterlichen Ermessen einen größeren Spielraum läßt und nun für die verschiedenen unter sich aber ähnlichen Fälle ein gewisses Maaß festgehalten wird u. s. w. In allen Fällen muß aber ein Grund der Nothwendigkeit vorliegen, um einer Rechtsübung oder gewissen Verfahrungsweise Eingang zu verschaffen. Die Praxis darf daher nicht auf bloser Willkür beruhen, ebensowenig darf sie sich mit bestehenden Gesetzen und Einrichtungen in Widerspruch setzen; sie muß sich ferner auf das Gesetz der Zweckmäßigkeit stützen und soll nichts Ueberflüssiges oder sogar nach der oder jener Seite hin Nachtheiliges mit sich bringen — kurz, sie soll in ihrem Entstehungsgrund und in ihrer Zweckmäßigkeit ihre Berechtigung finden. Wie oft sie aber diesen Bedingungen nicht entspricht, wie oft sie dabei z. B. auf bloßer mehr oder weniger gedankenloser Nachahmung, auf Willkür, unrichtiger Auffassung bestehender Gesetze oder Verordnungen, und im Entgegenhandeln gegen dieselben beruht, oder dem Gesetz der Zweckmäßigkeit entgegentritt, läßt sich aus folgenden Fällen ersehen, wobei zunächst an den obigen Fall angeknüpft wird.

1) Der §. 378 der Pr.O. spricht von „Bescheinigungen“ im Allgemeinen, ohne hier die Fälle zu unterscheiden, in welchen es genügt, ein Bescheinigungsmittel vorerst blos in Vorschlag zu bringen und solche, in welchem die Bescheinigung alsbald beizubringen ist (vergl. §. 224. 678. 695 No. 2 im Gegensatz zu §. 82. 517. 607. 610. 625. 628. 853 der Pr.O. mit gleichzeitiger Hinweisung auf §. 196). Wenn nun auch der §. 378 unter den Bescheinigungen die Aussage eines einzigen glaubwürdigen oder mehrerer nicht vollkommen glaubwürdigen Zeugen aufzählt, so ist damit keineswegs gesagt, daß dieses Bescheinigungsmittel sowohl in dem einen, wie in dem andern Fall zur Anwendung kommen soll oder kann; es ergibt sich vielmehr von selbst, daß wenn nicht etwa ein schon bei einer andern Angelegenheit gerichtlich aufgenommenes Abhörprotokoll in Urschrift oder beglaubigter Abschrift sofort beigebracht werden kann, dieses Bescheinigungsmittel nicht zu den sofort beizubringenden gerechnet werden kann. (Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 9.**

(Schluß von Art. 58.)

Schon bei einer auch nur einigermaßen stattfindenden Ueberlegung zeigt sich ja, daß, abgesehen von den Gründen der Verwerfung eines Zeugen nach §. 481 u. 482, welche geltend zu machen, die Gegenpartei in die Lage gesetzt sein muß, der Richter das Vorhandensein der Gründe des §. 486, also der Gründe der größern oder geringern Glaubwürdigkeit dem ihm präsentirten Zeugen gar nicht ansehen kann, und daß er also vor Allem die Gegenpartie sich darüber aussprechen lassen muß. Sogar da, wo das Gesetz die Zeugenabhör möglichst zu beschleunigen sucht, nämlich bei Besitzprozessen (§. 668) wird die Gegenpartie in die Lage gesetzt, bezüglich des Zeugen ihre etwaige Erklärung abgeben zu können, ehe er abgehört wird; Zudem würde ein solcher Zeuge, der von der Partie mitgebracht wird, also nicht vom Richter vorgeladen ist, der erforderlichen Eidesvorbereitung entbehren.

Man sieht also, daß eine solche vorgebliche Praxis nicht nur auf schwachen, sondern vielmehr auf gar keinen Füßen steht, und daß sie — selbst, wenn sie schon längere Zeit geübt sein sollte — dennoch keine Berechtigung hat.

Ueberhaupt, was das Alter und die Ausbreitung der in einzelnen Fällen angerufenen Praxis betrifft, so bieten jene für sich allein nicht die mindeste Garantie und entheben den Richter nicht der Pflicht und Mühe, derlei „Gerichtsherkommen" oder „Gerichtsübungen" selbstständig zu prüfen; welches letztere um so mehr geboten erscheint, als solche Uebungen ihr Dasein sehr häufig — wie schon bemerkt — einer mehr oder weniger gedankenlosen Nachahmung verdanken und es dürfte in vielen Fällen eintreten, daß, wenn man den Richter, der sich dieser oder jener Praxis hingibt, nach deren Begründung frägt, man schließlich nur als den Grund hört: „Andere machen es auch so." — Ein Beispiel aus früherer Zeit wird die Sache verdeutlichen. Unter dem Regiment der alten Anwaltstaxordnung war regelmäßig die Schlußposition in den Anwaltsgebührenverzeichnissen: pro ultm. expedit. — 30 kr. Jahrzehnte hindurch wurde dieser, der Taxordnung fremde Posten von den Gerichten aller Instanzen ohne Anstand passirt, bis es einmal einem Richter, der lieber auf eigenen Füßen stehen, als sich blindlings einer ihm unerklärlichen Praxis fügen wollte, einfiel, die bisherige Praxis anzufechten. Die Folge war, daß die Praxis bald ihr Ende erlebte und zwar ebenfalls wieder durch die — hier aber richtige und dem Gesetz entsprechende — Praxis.

2) Oben ist von beizubringenden Bescheinigungen die Rede gewesen. Auch hier findet man sehr häufig, daß eine Praxis eingehalten wird, welche nichts weniger als mit der Stellung des Richters und den hierbei geltenden prozessualischen Bestimmungen im Einklang steht. Die klagende Partie oder ihr Vertreter beruft sich oft auf Acten, als Bescheinigung, die der Richter erheben soll. Abgesehen davon, daß also die Bescheinigung *nicht beigebracht ist*, sondern erst noch erhoben werden soll, ferner abgesehen davon, daß oft weder die Urkunde überhaupt, noch deren Inhalt oder die betreffende Stelle hinreichend angegeben werden, der Richter also nicht nur die Erhebung der Bescheinigung, das Nachsuchen des Actenstückes und der betreffenden Stelle ohne Anwesenheit und Mitwirkung der einen oder andern Partie auf eigene Verantwortung vorzunehmen hat — was sogar bei einer Urkundenbeweisantretung ihm vom Gesetz nicht zugemuthet wird — liegt die Sache in der Regel so, daß die Partie sich die als Bescheinigung erforderliche und genügende beglaubigte Abschrift (oder Auszug) der Urkunde blos aus Trägheit oder Bequemlichkeit nicht verschafft.

Die Praxis ist dann die, daß der Richter sich zum Handlanger der Partie hergibt und die Trägheit und Bequemlichkeit der Partie unterstützt.

3) Als Praxis findet man mehr oder weniger immer noch den Gebrauch der Buchstaben **V. R. W.** Bezeichnend ist dabei, daß es eine besondere Liebhaberei ist, diese Buchstaben vorzugsweise bei den sog. Präclusivbescheiden in Gauten anzuwenden, wie wenn der Richter diese Worte nicht mit demselben Grund oder Ungrund ebenso gut unter jede andere richterliche Ver-

Digitized by Google

fügung setzen könnte. Man darf überzeugt sein, daß kaum einer der Einzelrichter, welche sich dieser Form bedienen, überhaupt den Entstehungsgrund dieser Form kennt; und wenn er ihn kennt, so muß er bei einiger Einsicht dann gerade auch zur Ansicht kommen, daß er die Buchstaben wegzulassen hat und den Grund, den einmal ein darüber zur Rede gestellter Richter vorbrachte: „die Verfügung rundet sich mit diesen Buchstaben besser ab" möchte nachgerade den Gebrauch nicht rechtfertigen. Man könnte zwar über diese, Angesichts der Pr.O. ebenso sinnlose Praxis, als lächerliche Nachahmung, die oft nur durch das Kanzleipersonal fortgepflanzt und vom Beamten lässiger Weise geduldet wird, auch ganz hinweg sehen, wenn sie nicht beim Einrücken in öffentliche Blätter die Erwägung hervorrufen würde, daß jeder dieser Buchstaben einen Kreuzer kostet, während er nicht einmal die dazu verwendete Druckerschwärze werth ist.

4) Ueberhaupt waltet bezüglich der Einrückungen in öffentliche Blätter in der Praxis — ungeachtet der mehrmals dagegen erlassenen Verordnungen — eine gedankenlose Rücksichtslosigkeit, oder rücksichtslose Gedankenlosigkeit ob, indem, wie die Blätter nachweisen, jahraus, jahrein, Tausende von Groschen von den Staatseinwohnern gleichsam als eine Einrückungssteuer dadurch erhoben werden, daß die einzurückenden Beschlüsse durch die auseinandergespreizte Art ihrer Worte und Satzstellung, Namensunterschriften und mitunter durch ganz unnöthige Zuthaten viele Zeilen mehr in Anspruch nehmen, als die Nothwendigkeit erfordert. Wenn die betreffenden Namen und Ortsbezeichnungen entweder mit gesperrter oder wohl am besten mit sogenannter fetter Schrift aufgeführt werden, so fällt gerade das, worauf der Leser aufmerksam gemacht werden soll, um vom ganzen Inhalt des Inserats Kenntniß zu nehmen, viel besser in die Augen, als es beim Auseinanderreißen der Rubriken u. s. w. der Fall ist.

Der bestehenden Praxis wird wohl nicht eher ein Ende gemacht werden, als bis die Redactionen oder Expeditionen — im Interesse der Kostenersparniß für die Betheiligten — vom großh. Justizministerium aus ein für allemal angewiesen werden, die Absetzungen in den einzelnen Zeilen wegzulassen; denn mit der bisherigen Androhung, daß der gerichtliche Expedient, oder beziehungsweise der Richter für den unnöthigen Mehraufwand an Einrückungsgebühren persönlich verantwortlich sei, ist bisher so wenig ausgerichtet worden, als mit dem Schimpfen über die ohnehin angeblich schon so „theure" Justiz.

5) Einerseits — nämlich, was unnöthige Einrückungsgebühren betrifft — dürfte auch die Praxis hierher gehören, wornach die Vermögensabsonderungsverfügungen des §. 1060 der Pr.O. öffentlich bekannt gemacht werden. Anderseits ist aber — abgesehen von der unnöthigen Vermehrung der Schreiberei der Rechtspunkt näher ins Auge zu fassen. Bekanntlich bestand vor der Pr.O. vom Jahre 1864 vielfacher Hader und Streit darüber, ob durch den Gantausbruch die Vermögensabsonderung nicht blos de facto, sondern auch ipso jure eintrete. Der Letztern Ansicht stand das bestehende Gesetz nicht zur Seite; demungeachtet wurde erkannt, daß man der durch das Gantverfahren thatsächlich eingetretenen Vermögenstrennung doch ebenfalls Rechnung zu tragen habe und so entstand der §. 1060, wornach auf Antrag der Ehefrau die Vermögensabsonderung ohne weitere Förmlichkeit auszusprechen ist. Dieses Sachverhalts und der letzt genannten Worte ungeachtet, scheint sich nun obige Praxis bilden zu wollen, welche folgeweise ohne Noth noch mancherlei Streitigkeiten hervorrufen könnte. Die Amtsgerichte, welche sich dieser Praxis zuwenden, dürften sowohl die formelle als materielle Seite der Sache übersehen. Der L.R.S. 1445 sagt zwar allerdings, daß jede Vermögensabsonderung öffentlich bekannt gemacht werden muß; allein es kann doch nicht bestritten werden, daß die Bekanntmachung, sei es durch Anschlag an die Gerichtstafel, sei es durch Einrückung in die Blätter, lediglich eine „Förmlichkeit," ja sogar geradezu die einzige denkbare ist. Wenn nun der §. 1060 vorschreibt, daß die Absonderung ohne weitere Förmlichkeit auszusprechen ist, so zeigt sich die besagte Praxis auch geradezu als eine Gesetzwidrigkeit. Betrachtet man die Sache überdies von der sachlichen Seite, so ist gar nicht zu begreifen, was jene Amtsgerichte eigentlich mit dem Ausschreiben bezwecken wollen. Das Ausschreiben kann doch nur den Zweck haben, betheiligte Gläubiger von der Absonderung zur etwaigen Wahrung ihrer Rechte oder Intressen in Kenntniß zu setzen. Nun gebt ja aber das ganze Gantverfahren und der Ausspruch des Gantrichters nach §. 1060 gerade unter den Augen der bereits speciell und öffentlich zusammenberufenen Gläubiger, beziehungsweise ihrer Vertreter vor; es ist daher in der That nicht einzusehen, warum — außer der Eröffnung des Ausspruches an den Gantmann, seine Ehefrau und

Digitized by Google

die zusammenberufenen Gläubiger, beziehungsweise deren Vertreter — noch eine weitere öffentliche Bekanntmachung stattfinden soll.

6) Eine weitere Praxis ist die, daß bei Entmündigungen oder Verbeistandungen blos gesagt wird, der N. N. sei „entmündigt" worden, beziehungsweise, er sei „im Sinne des L.R.S. 499" entmündigt worden. Hier zeigt die sog. Praxis ein gegen sonst umgekehrtes Verfahren, in sofern sie die Ausschreiben durch obige allgemeinen Bezeichnungen abkürzt. Allein auch hier stellt sie sich nicht in einem besonders glänzenden Licht dar, denn die Abkürzung ist in Anbetracht des sonstigen bezüglich der Einrückungskosten rücksichtslosen Verfahrens, nicht Zweck der Kostenersparniß, sondern sie beruht vielmehr auf der von den Bezirksämtern überkommenen Erbschaft, nämlich auf einem Austreten des von letztern eingeschlagenen Wegs, d. h. also auf einer bloßen Nachahmung. Diese Nachahmung dürfte aber keineswegs empfehlungswerth sein. Der L.R.S. 1 b sagt zwar allerdings, daß für bekannt angenommene Gesetze Jedermann wissen soll, ohne daß der Staat Jedem ein Exemplar des Landrechts in die Tasche schiebt, welches doch nicht gelesen werden würde; allein gerade die fiction des L.R.S. 1 b bringt es wohl mit sich, daß in den Fällen, in welchen der Gesetzgeber durch den Richter speciell einzelne Betheiligte oder eine Mehrzahl von Staatsbürger anspricht, die gesetzlichen Bestimmungen auch wörtlich ausgesprochen und nicht nur im Allgemeinen angedeutet werden. Erkennt man diesen Grundsatz nicht an, so wäre anderseits der der richtigste und consequenteste, daß man im Allgemeinen, z. B. überhaupt auf das Landrecht oder die Prozeßordnung verweist, ohne jedwelche Hinweisung auf einen Satz oder Paragraphen. Auch schon die Rücksicht darauf, daß man die Staatsbürger immermehr zur Kenntniß und zum Verständniß der bestehenden Landesgesetze heranzubilden suchen soll, läßt es daher als zweckmäßig erscheinen, den betreffenden wörtlichen Inhalt der L.R.S. 489 und 499 in den Tenor des Erkenntnisses und des Ausschreibens aufzunehmen.

7) Wie geradezu die Praxis aber auch wieder umgekehrt verfährt, ist daran zu ersehen, daß in solchen Entmündigungs- oder Halbentmündigungs-Erkenntnissen, mit einer Art scrupulöser Gewissenhaftigkeit Dinge aufgenommen werden, welche nicht hineingehören. Man stößt auch hier gewissermaßen auf eine Antretung der Hinterlassenschaft der Bezirksämter „ohne die Vorsicht der Erbverzeichniß." Ist es denn nicht eine Sonderbarkeit, daß die Amtsgerichte im Fall der (Voll-)Entmündigung immer auch die Person des Vormunds in den Erkenntnissen und Ausschreiben bezeichnen? Wenn man ganz darüber hinwegsieht, daß früher der Vormund vom Bezirksamt ernannt, bestellt und verpflichtet wurde — während er jetzt erst nach rechtskräftig gewordenem Entmündigungserkenntniß vom Gerichtsnotar — ernannt wird, und daß, wenn auch der Beistand jetzt noch vom Amtsgericht mit der Halbentmündigung „zugleich" ernannt wird, aber nirgends vorgeschrieben ist und war, daß der Vormund oder Beistand öffentlich bekannt gemacht werden soll oder muß, so ergibt sich, daß eine derartige Bekanntmachung wegzulassen ist, schon bei der einfachen Erwägung, daß — wenn z. B. heute der Name des Vormunds X. auf die bezeichnete Weise gleichsam an die große Glocke gehängt wird, schon vielleicht nach drei Tagen, innerhalb welcher die Aufstellung eines andern Vormunds nöthig fällt und geschieht, das absoluteste Stillschweigen über diese neue Aufstellung stattfindet, und so können 2. 3 und 4 Vormünder nach einander aufgestellt werden, ohne daß es irgend Jemand einfällt, es öffentlich bekannt zu machen. Da hiernach die Alternative nur die ist, entweder schon gleich den ersten Vormund öffentlich bekannt zu machen und folgeweise auch alle weitern Ernennungen, so wird man bei der Erwägung, daß solche Bekanntmachungen überhaupt und insbesondere dem Amtsrichter nicht vorgeschrieben sind, und auch bei Vormündern über Minderjährige nicht stattfinden, schließlich zur Ansicht gelangen, daß auch schon die Bekanntmachung der Person des ersten Vormunds in Wegfall zu kommen hat.

8) Man stößt nicht selten auf die Wahrnehmung, daß die Urtheile der Gerichte den passus enthalten, daß der unterliegende Theil „die Zahlung zu Händen des Vertreters" der siegreichen Gegenpartie zu leisten habe. Der Grund hierzu liegt in dem Klaggesuch, in welchem der Antrag hierauf gestellt ist und dieser Antrag gründet sich wohl auch in der Regel auf eine Privatübereinkunft zwischen dem Forderungsberechtigten und seinem Vertreter, die in den einzelnen Fällen auf sehr verschiedenen Gründen beruht. An und für sich schon liegt für den Richter gar kein Grund vor, über das Verhältniß zwischen jenen beiden Personen sich auszusprechen; noch weniger aber läßt sich diese Praxis von dem Gesichtspunkt aus rechtfertigen,

Digitized by Google

daß dieſer passus durch die Aufnahme in das Urtheil ebenfalls die Rechtskraft beſchreitet und folgeweiſe für beide Theile rechtsverbindlich wird. Wie ſieht es denn nun aber aus, wenn z. B. der Vertreter ſtirbt oder wenn er und ſein Auftraggeber uneins werden? — Wenn die Antwort hierauf dahin lautet, daß der Schuldner dann eben doch an den Gläubiger ſelbſt bezahlen kann und darf, ſo ergibt ſich die Zweckloſigkeit des passus, welcher ſchon aus dieſem Grund hinwegzulaſſen, während den Betheiligten zu überlaſſen iſt, auf welche Weiſe ſie außergerichtlich den Vollzug der Zahlung ordnen wollen.

9) Nicht immer bildet ſich aber eine Praxis aus der Willkühr oder aus dem freien Willen der Gerichte; ſie iſt bisweilen auch eine octroirte oder gewiſſermaßen aufgenöthigte. Hierher gehört z. B. die Frage, ob der requirirende oder requirirte Richter in den Fällen des Art. 5 des Geſetzes über die Vereinigung der Unterpfandsbücher die Pfandſtrichverfügungen der dort bezeichneten beiden Arten zu erlaſſen hat. Da weder das ebengedachte Geſetz und ſeine Vollzugsverordnung ſich ausdrücklich hierüber ausſprechen, noch der §. 845 der Pr.O., „welcher nur von Streitpunkten“ unter den Betheiligten handelt, einen feſten Anhaltspunkt bietet, die Dienſtweiſung für die Vollſtreckungsbeamten, die Sache nicht mit ausdrücklichen Worten regelt, auch der L.R.S. 2160 den Competenzpunkt nicht berührt, ſo bilden ſich 2 entgegengeſetzte Anſichten, nach deren einer der requirirte Richter, während nach der andern der requirirende die Strichverfügung zu erlaſſen hat. Für die letztere werden hauptſächlich die beiden Gründe geltend gemacht, daß die Strichverfügung eine connexe Sache mit der des betreibenden Gläubigers ſei, ſodann daß dem requirirenden auch die Cognition darüber zuſtehe, ob der Vollzug der Zwangsverſteigerung ordnungsmäßig ſtattgefunden habe. Die andere Anſicht, nach welcher eine Connexität im Vollſtreckungsverfahren überhaupt und eine Connexität zwiſchen einer einzelnen Vollſtreckungsſache und der Vereinigung des Unterpfandsbuches nicht ſtattfindet, vindicirt, beziehungsweiſe adjudicirt dem requirirten Richter die Strichverfügung, weil dieſer die, vom requirirenden Richter erkannte, Liegenſchaftsverſteigerung durch den von ihm beauftragten und unter ſeiner Controle ſtehenden Vollſtreckungsbeamten wirklich vollziehen läßt und weil auch eine Reihe von Unzuträglichkeiten und Verſtößen gegen das Geſetz der Zweckmäßigkeit in den einzelnen Fällen, wie ſie in großer Mannigfaltigkeit vorkommen (man nehme den Fall, daß der requirirende Richter zum Beiſpiel ein Würtembergiſcher iſt, der ſich wohl wenig um die Vereinigung der badiſchen Unterpfandsbücher bekümmern wird, oder daß er ein inländiſcher iſt, der wegen eines nicht einmal mit Unterpfandsrecht geſicherten Betrags von 20 fl. requirirt, während auf den Liegenſchaften im Bezirk des requirirten Richters z. B. 6 Unterpfandsrechte mit 10,000 fl. eingetragen ſind und dergleichen) zu Tage treten, wie, um nur eine zu berühren, z. B. das öfter nothwendig werdende Hin- und Herſchicken der Verſteigerungsacten, welche in der Regiſtratur des Gerichtsnotars des requirirten Richters aufbewahrt werden. Es iſt hier nicht der Zweck, alle Gründe für und gegen die eine oder die andere Anſicht näher darzulegen, zu prüfen und gegeneinander abzuwägen, ſondern es ſoll nur gezeigt werden, daß ein Amtsrichter, welcher der Anſicht des ihm vorgeſetzten Kreis- und Hofgerichts nicht iſt — und die verſchiedenen Kreis- und Hofgerichte können ſelbſt wieder der einen oder andern Anſicht zugethan ſein — nolens volens der ſich in dieſem Kreis- und Hofgerichts-Bezirk geltend machenden Praxis gegen ſeine rechtliche Ueberzeugung nachgeben muß, wenn er ſich nicht dem Vorwurf der Rechthaberei, der Judisciplin oder gar der Juſtizverweigerung ausſetzen will. Es wäre daher ſehr zu wünſchen, wenn bei der bevorſtehenden Reviſion der Dienſtweiſung für die Vollſtreckungsbeamten mit wenigen Worten ausgeſprochen würde, welchem der beiden Richter die Verſteigerungsakten zur Erlaſſung der von amtswegen zu ertheilenden Strichverfügungen vorzulegen ſind.

Damit würde ſich zugleich auch die Frage erledigen, an welchen von beiden Richtern ſich der Steigerer mit ſeinem Antrag zu wenden hat.

10) Oft begegnet man dem Verfahren, daß, nachdem eine Handelsgeſellſchaft blos unter ihrer Firma belangt und verurtheilt worden iſt, die Vollſtreckung nichts deſto weniger gegen die einzelnen Geſellſchafter verfügt oder doch vom Gerichtsvollzieher vollzogen wird. Der Grund dieſer Erſcheinung iſt in dem Art. 112 des H.G.B. zu ſuchen, weil dieſer ausſpricht, daß Jeder der einzelnen Geſellſchafter mit ſeinem eigenen Vermögen ſammtverbindlich für die Geſellſchaftsſchulden haftet. So deutlich dieſer Artikel iſt, ſo wenig iſt die bezeichnete Praxis richtig. Wenn nämlich das Klag-

Digitized by Google

gesuch und folgeweise auch das Urtheil nicht gleichzeitig gegen die Firma und die dann auch mit ihren persönlichen Namen zu bezeichnenden — Gesellschafter gerichtet ist, so liegt ein vollzugsreifes Urtheil nur gegen die Gesellschaft als solche, nicht aber auch gegen die einzelnen Gesellschafter vor. (L.R.S. 6h.) Die strenge Unterscheidung dieser Fälle ist den Gerichtsvollziehern einzuschärfen, damit nicht Mißgriffe von ihrer Seite unterlaufen.

11) Nicht selten kommt es auch vor, daß ein Kaufmann unter seinem Firmennamen, welcher letzterer ein ganz anderer, als sein persönlicher Name sein kann, klagend auftritt, oder belangt wird. Dieses ist unrichtig, denn der Art. 15 des Gr.G.B. spricht nur davon, daß der Kaufmann im Handel unter seiner Firma auftreten kann, keineswegs aber auch vor Gericht.

12) Eine weitere Praxis, welche nicht selten von Anwälten angestrebt, und auf welche auch von Amtsrichtern zum Theil eingegangen wird, ist die, daß, nachdem vom Richter Ladung auf die Klage verfügt oder sogar schon weiter verhandelt worden ist, die Anwälte, ohne Zweifel auf Grund des §. 314 der Pr.O. einen weitern außergerichtlich gepflogenen Schriftenwechsel dem Gericht vorlegen, worauf dann der Richter weitere Verhandlung pflegen oder eine Beweisauflage machen soll. Dieses Verfahren ist in doppelter Hinsicht gesetzwidrig; theils deßhalb, weil wenn der Richter in einer Sache bereits verfügt hat, ihm die Prozeßleitung zusteht und es gegen die Vorschrift des §. 334 der Pr.O. nicht mehr den Partien zukommt, ohne Genehmigung des Gerichts die Sache ganz oder theilweise in das schriftliche Verfahren hinüberzuspielen; theils weil das gegenseitige Vorbringen des §. 314 so vollständig — einschließlich der etwaigen Beweisverhandlung, z. B. durch Urkunden oder Eideszuschiebung — gepflogen sein muß, daß der Richter in der Lage ist, sofort die „Entscheidung" zu geben, ohne z. B. noch auf Beweis erkennen zu müssen.

13) Schwankend scheint die Praxis bezüglich der Vorlage, beziehungsweise der Nichtvorlage der Akten an das Kreisgericht (Civilkammer) in den Fällen der §. 8. 39. 261. 854. und 1013 der Pr.O. So wenig es aber zweifelhaft sein kann, daß die Vorlage in den Fällen der §. 8. 39. 854 und 1013 Abs. 3 zu geschehen hat, (wie auch aus §. 1019 theilweise zu entnehmen ist), so wenig dürfte es zweifelhaft sein, daß in den Fällen des §. 261 und 1013 Abs. 2 eine Vorlage nicht stattfindet und zwar theils weil im Fall des §. 261 bei der Civilkammer eine ganz neue Klage erhoben werden muß, theils weil im Fall des §. 1013 Abs. 2, wenn die Sache mündlich angebracht wird, überhaupt nicht einmal Akten beim Amtsgericht leicht erwachsen können. Wird nämlich ein hierher gehöriges Gesuch mündlich vorgebracht, so wird ja das Amtsgericht schon durch den mündlichen Vortrag in die Lage gesetzt, ermessen zu können, ob es den Antrag für statthaft zu halten hat oder nicht. Im ersten Fall wird dann in Gemäßheit des §. 320 ein Protokoll aufgenommen, nach dem Antrag verfügt und wird das Protokoll der Civilkammer vorgelegt. Im letzten Fall aber wird das Amtsgericht am Schluß des Vortrags seine Ansicht über die Unstatthaftigkeit des Antrags aussprechen und es wäre daher in der That eine ganz unnütze Mühe und Förmlichkeit, wenn das Amtsgericht ohne Zweck dann den Antrag noch zu Protokoll nehmen und dann erst seine Ansicht über die Unstatthaftigkeit aussprechen würde. Es wäre eitel unnütze Schreiberei.

Eine andere Frage ist die, in welchen Fällen der §. 292 (Vergleichversuch) seine Anwendung findet. Allein auch hier wird man sich bald dahin entscheiden müssen, daß nur in den Fällen des §. 8 und 39 von einem Vergleich die Rede sein kann (§. 261 Abs. 3); denn wenn im Fall des §. 261 Abs. 2 ein Vergleich zu Stande kömmt, so ist ohnehin von einer weitern Aktenvorlage gar nicht weiter die Rede; kömmt aber der Vergleich nicht zu Stande, so ist eben die Sache beim Amtsgericht schlechthin abgethan, die Akten gehen in die Registratur des Amtsgerichts und nicht an das Kreisgericht.

Hat das letztere in der Folge etwa die Akten nöthig, was keineswegs immer der Fall sein wird, so wird es sie einverlangen; auf ein Gesuch der einen oder andern Partie, die Akten dem Kreisgericht vorzulegen, ist aber das Amtsgericht gesetzlich nicht verbunden, einzugehen und daß ein Eingehen darauf überhaupt auch immer zweckmäßig wäre, läßt sich nicht behaupten.

Weniger sicher bezüglich eines vorzunehmenden Vergleichsversuchs scheint die Sache in den Fällen des §. 854 Abs. 3 und 4 zu liegen. Allein wenn man die einzelnen Fälle näher ins Auge faßt, so ergibt sich, daß, wenn im Falle des Abs. 3 der Einhalt befohlen wird, dieses ohne Ladung der Gegenpartie geschieht und die Einsprache, wenn sie Gegenstand eines Streits wird —

Digitized by Google

was regelmäßig der Fall sein wird, zur weitern Verhandlung dem Kollegialgericht (nämlich dem Kreis- oder Handelsgericht) vorzulegen ist; unter diesen Umständen ist daher der Vergleichsversuch ausgeschlossen. Nicht minder ist dieses der Fall, wenn der Einhaltsbefehl für unstatthaft erklärt wird, denn dieses geschieht ebenfalls, ohne daß die Gegenpartie vorgeladen wird und ist der Gesuchsteller an das Collegialgericht zu verweisen (ohne Aktenvorlage). Im Fall des Abs. 4 aber fällt ein Vergleichsgesuch schon deßhalb hinweg, weil er durch den Antrag, die Sache an das Collegialgericht zu weisen, geradezu von selbst abgelehnt erscheint. Diese Ansicht findet im §. 1013 Abs. 3 ihre ausdrückliche Bestätigung in dem Wort „sogleich."

14) An diese eben bezeichneten §§. 854 u. 1013 und den §. 1012 reiht sich noch ein weiterer Gegenstand der Praxis an. Wenn nämlich das Gesuch um Arrest, einstweilige Verfügung oder Einhaltsbefehle nach §. 1013 — statt beim Collegialgericht — beim Amtsgericht angebracht wird und das Amtsgericht dem Gesuch stattgibt, so geht aus dem §. 1012 unzweifelhaft hervor, daß die amtsgerichtliche Verfügung ganz dieselbe Bedeutung hat, wie wenn sie (fürsorglich) vom Vorsteher des Collegialgerichts erlassen worden wäre; sie wird nicht und kann nicht Gegenstand der Beschwerde werden, indem lediglich das Collegium selbst dieselbe entweder bestätigt oder aufhebt und erst dieser Collegialbeschluß kann Gegenstand der Beschwerdeführung werden. Wenn nun auch im Fall des §. 854 dem Einsprachkläger die Wahl nicht freisteht, ob er die Einsprache mit dem Gesuch um Einhaltsbefehl beim Vorsteher des Collegialgerichts oder beim Amtsgericht anbringen will, vielmehr das Letztere angegangen werden muß, so kann doch darüber nicht wohl ein Zweifel bestehen, daß die Lage der Sache und der Zweck des Gesetzes auch in diesem Fall keine andern sind, als im Fall des §. 1013. Auch hier soll gleichsam durch ein summariissimum und weil oft Gefahr auf dem Verzug steht, ein fürsorglicher Zustand geschaffen werden, um die Lage der Sache für den Augenblick in einen Stand zu setzen, bei welchem es dem betreffenden Collegialgericht ermöglicht wird, in der Folge seine Ansicht und seinen Ausspruch nach der einen oder nach der andern Seite hin noch zur Geltung bringen zu können, denn die Einsprache — der Einhaltsbefehl mag vom Amtsgericht erlassen oder als unstatthaft erklärt worden sein — gelangt ja in beiden Fällen, im ersten durch das Amtsgericht, im zweiten durch den Einsprachkläger — zur Entscheidung an das Collegialgericht, welches das Urtheil in der Hauptsache erlassen hat; somit soll auch hier durch die Verfügung des Amtsgerichts, gerade so wie im §. 1013, nur ein provisorium geschaffen werden, welches entweder der Bestätigung (stillschweigenden Beibehaltung) oder aber der einfachen Wiederaufhebung unterliegt.

Auch hier soll und kann also die abschlägige oder auf das Gesuch eingehende Verfügung des Amtsgerichts kein Gegenstand der Beschwerdeführung (beim Appellationssenat) werden. Es ist zwar allerdings richtig, daß dem Amtsgericht durch das Gesetz nur die Alternative gestellt ist, das Gesuch für „statthaft" oder für „unstatthaft" zu erachten und darnach seine Verfügung zu erlassen; allein es können Fälle vorkommen, in welchen das Amtsgericht die Zulässigkeit des Gesuchs zwar selbst in Zweifel zu ziehen, in der Lage ist, in welchen aber doch die Möglichkeit vorliegt, daß das Collegialgericht entweder sofort, oder in Folge der vor ihm zu pflegenden weitern Verhandlungen die Statthaftigkeit erkennt. Sind nun aber die Verhältnisse der Art, daß wenn das Amtsgericht den Einhaltsbefehl nicht erläßt, die Ansicht des Collegiums hinterher gar nicht mehr zur Geltung gebracht werden kann, so wird es doch — gerade um vorläufig gewissermaßen den status quo zu erhalten, gewiß mehr der Zweckmäßigkeit und dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, wenn das Amtsgericht da, wo es die oben bezeichnete Möglichkeit annehmen kann, ungeachtet seiner eigenen Bedenken den (provisorischen) Einhaltsbefehl erläßt, geradeso wie es im Fall des §. 1012 der Vorsteher des Gerichts thun wird, wenn Gefahr auf dem Verzug ist. Diese Ansicht ist keineswegs geradezu aus der Luft gegriffen, sondern sie findet im Art. XVI. Nr. 2 des Ergänzungs- und Abänderungsentwurfs der Prozeßordnung vom Jahr 1862 insofern ihre Bestätigung, als dort ausdrücklich auf die Weise hingewiesen worden ist, in welcher der Vorsteher des Collegialgerichts (nach §. 1012) zu verfügen hat.

Allerdings ist diese Hinweisung in der Folge nicht in das Gesetz selbst wörtlich aufgenommen worden, allein es ist im §. 854 ausdrücklich auf den §. 1013 und somit auch auf den §. 1012 hingewiesen. Es dürfte daher kaum einem erheblichen Zweifel unterliegen, daß auch im Fall des §. 854 der vom Amtsgericht erlassene Einhaltsbefehl der Beschwerdeführung nicht unterliegt, son-

Digitized by Google

dern der einfachen Bestätigung oder Wiederaufhebung des Kreis- und Handelsgerichts.

Nun scheint sich aber die Praxis bilden zu wollen, einen nach §. 854 vom Amtsgericht erlassenen Einhaltsbefehl, obgleich er sich hauptsächlich nur auf die Gefahr im Verzug stützt, der Beschwerdeführung und strengrechtlichen Kritik zu unterwerfen; die Folge muß dann die sein, daß die Amtsgerichte — wenn nicht die Statthaftigkeit des Gesuchs in aller und jeder Beziehung außer allem Zweifel ist und, unbekümmert um die Gefahr aus dem Verzug und um deren Folgen — die Unstatthaftigkeit des Gesuchs aussprechen und sich einer Beschwerdeführung um so weniger blosstellen werden, als sie derselben nicht ausgesetzt sind, wenn sie die Unstatthaftigkeit aussprechen. Daß hiermit dem Interesse der Betheiligten und der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprochen wird, dürfte auf der Hand liegen und somit auch, daß jene unrichtige Praxis diese weitere unrichtige hervorrufen kann und wird.

15) Der §. 851 der Pr.O. bestimmt, daß nach Ablauf von drei Jahren von dem Zeitpunkt an, wo die Vollstreckung hätte begehrt werden können, die ursprüngliche urtheilsmäßige Frist von neuem anberaumt werden muß, ehe Vollstreckungsverfügung erlassen werden kann. Wenn also ein Urtheil z. B. am 31. Dezember 1859 vollzugsreif geworden ist, so könnte im Zeitraum vom 1. Januar 1860 bis 31. Dezember 1863 jeder Zeit die Vollstreckung begehrt werden; ist es nicht geschehen, so muß die urtheilsmäßige Frist von neuem anberaumt werden. Obgleich nun der §. 851 lediglich nur von einem solchen Fall spricht, findet man nicht selten die Praxis, daß, wenn auf das am 31. Dezember 1865 vollzugsreif gewordene Urtheil innerhalb des bezeichneten Zeitraums von drei Jahren Vollstreckung begehrt und verfügt, aber nicht vollzogen worden ist, und weitere drei Jahre abgelaufen sind, die urtheilsmäßige Frist doch von neuem anberaumt wird.

Dieses Verfahren ist offenbar ungesetzlich. Abgesehen nämlich davon, daß in manchen Fällen der Zeitpunkt gar nicht feststeht, von dem an diese 3 Jahre gerechnet werden, da das Vollstreckungsverfahren in irgend einem Stadium beruhen blieb, ohne daß der Gläubiger gerade Einhalt bewilligt hat, so verstößt dieses gegen den §. 851, weil nur dann die Frist nachmals anzuberaumen ist, wenn innerhalb drei Jahren vom Tag der Vollziehbarkeit des Urtheils an gerechnet, die Vollstreckung überhaupt nicht begehrt worden ist, nicht aber wenn einmal Vollstreckung verfügt war und der Vollzug liegen blieb; auch sind hier die Gesetzesworte „auf die bloße Vorlage des Urtheils" wohl zu berücksichtigen. Denn wo nicht blos das Urtheil, sondern auch eine bereits erlassene Vollstreckungsverfügung vorgelegt wird, findet der §. 851 keine Anwendung. Es verstößt aber auch gegen den §. 850, da nach diesem die Rechtsbeständigkeit der Vollstreckungsverfügung — wenn kein Einhalt bewilligt war — unbeschränkt fortdauert, indem ihr durch kein Gesetz und namentlich nicht durch den §. 851 Grenzen festgesetzt sind. Der Gläubiger kann also jeder Zeit um Fortsetzung des Vollzugs nachsuchen, ohne nöthig zu haben, die urtheilsmäßige Frist nochmals anberaumen zu lassen, auch wenn der Vollzug drei Jahre lang liegen blieb. Hat er aber Einhalt bewilligt und ist seit dieser Zeit ein Jahr abgelaufen, dann kann er nicht mehr um Fortsetzung der Vollstreckung nachsuchen, sondern muß um eine neue Vollstreckungsverfügung bitten; aber er ist — auch wenn die Sache länger als 3 Jahre liegen blieb, nicht gehalten, um Anberaumung der ursprünglichen urtheilsmäßigen Frist nachzusuchen. Der Grund, warum nach 3 Jahren vom Tag der Vollziehbarkeit des Urtheils nicht geradezu mit der Vollstreckung vorgegangen werden kann und darf, ist eine Billigkeitsrücksicht des Gesetzgebers für den Schuldner, dem man nach 3 jährigem Ruhestand nicht plötzlich mit Exekution ins Haus fallen soll; ist aber einmal Exekution verfügt, so fällt diese Rücksicht hinweg und der Schuldner muß gewärtig sein, jederzeit mit Fortsetzung der Vollstreckung oder aber mit einer neuen Vollstreckungsverfügung angegriffen zu werden.

16) Es kömmt nicht selten vor, daß eine Partie, welche zum Armenrecht bereits zugelassen ist oder zugelassen werden muß, selbst einen Anwalt bestellt, daß dieser im Fall des Siegens seiner Partie dann auf Grund des §. 163 der Pr.O. die Bezahlung seiner Gebühren an die Gegenpartie verlangt, und daß das Amtsgericht darauf eingeht. Hierbei wird aber gänzlich außer Acht gelassen, daß der §. 163 voraussetzt, daß der Anwalt „vom Gericht als Armenanwalt bestellt worden ist." Ein Armenanwalt ist aber vom Gericht nur dann aufzustellen, wenn die zum Armenrecht zugelassene Partie nicht im Stande oder nicht befugt ist, ihre Sache selbst zu vertreten. (§. 164.) Was der Gesetzgeber unter dem „Nichtbefugtsein" versteht, ist nicht klar. Ein Minderjähriger, ein Entmündigter, eine Ehefrau,

Digitized by Google

ein Verbeiſtandeter ſind nicht befugt, ihre Sache ſelbſt zu vertreten; dieſes kann aber doch offenbar keinen Grund abgeben, für ſie einen Anwalt zu beſtellen, denn ſie werden, durch ihre Vormünder, oder beziehungsweiſe Ehemann oder Beiſtand vertreten und nur dann, wenn dieſe Letztern nach der Beſchaffenheit des Streits nicht im Stande ſind, die Sache gerichtlich zu vertreten, ſtellt ſich die Nothwendigkeit der Aufſtellung eines Anwalts und ſomit auch eines „Armenanwalts“ ein.

Die §§. 164 und 171 ſind daher hier mit einander in Verbindung zu ſetzen und hat die Gegenpartie der zum Armenrecht zugelaſſenen Partei nur dann die Koſten des Armenanwalts zu erſetzen, wenn ein Armenanwalt nach der Beſchaffenheit des Streits aufzuſtellen war und vom Gericht aufgeſtellt worden iſt, nicht aber blos aus dem Grund, weil die Partie zum Armenrecht zugelaſſen iſt.

17) Ueberhaupt ſtößt man oft auf die — die Beſtimmung des §. 161 der Pr.O. gänzlich ignorirende — Anſicht, daß die unterliegende Partie der Gegenpartie die Anwaltskoſten als nothwendige (?) zu erſetzen habe, weil z. B. die unterliegende Partie auf den gegen ſie gelöſten Zahlungsbefehl „die gerichtliche Verhandlung“ der Sache verlangt, oder auch, weil ſie ſelbſt zuerſt einen Anwalt aufgeſtellt habe. Die Unſtichhaltigkeit dieſer Gründe liegt zu klar vor, als daß letztere weiterer Widerlegung werth wären.

18) Der §. 177 der Pr.O. ſpricht von „Prozeßkoſten;“ inſofern man nun auch von einem ſogenannten bedingten Mandats-„Prozeß“ ſprechen kann — ein Ausdruck, den übrigens unſere Pr.O. nicht kennt und der nur aus dem veralteten ſogenannten gemeinen Prozeß herüber genommen wird, — wäre die Liquidation der Koſten auch des „bedingten Mandatsprozeſſes“ ſtatthaft. Man findet daher oft, daß die deßfallſigen Koſten entweder während des Vollſtreckungsverfahrens oder nach Vollendung deſſelben noch nachträglich beſonders liquidirt werden. Erwägt man, daß der Zahlungsbefehl den Kläger nur 15 kr. (Sportel oder Stempel), nebſt zweimal 6 kr. Zuſtellungsgebühren, das ſogenannte Liquiderkenntniß aber beim ſchriftlichen Anrufen nur 15 kr. und ebenſo das Anrufen auf Vollſtreckung nur 15 kr. koſten kann — denn alle ſonſtigen Koſten werden ſofort dem Beklagten aufgerechnet und ſind von ihm zu bezahlen, ſo ſträubt ſich das Rechtsgefühl dagegen, daß dem Beklagten für eine ſogenannte Liquidation nach §. 19 des Sportelgeſetzes wegen dieſer 57 kr. (denn die Anwaltskoſten müſſen in dieſem Verfahren nach §. 171 der Pr.O. ohnehin wegfallen) noch weitere 30 kr. Sporteln und 15 kr. für den Liquidationsgeſuchſtempel aufgerechnet werden ſollen, wie wenn es ſich um eine größere Koſtenliquidation in einem ausgedehuteren Prozeſſe handelt. Im unbedingten Mandatsprozeß kommen ja bei dieſer Manipulation die Liquidationskoſten nahe zu ſo hoch, als das Mandatsverfahren ſelbſt. Es wäre ganz ſicher das Einfachſte und Zweckmäßigſte, wenn der Kläger — wie es auch bisweilen vorkömmt — beim Anrufen auf Liquiderkenntniß ſeinen Koſtenbetrag von 27 kr. und bei ſeinem Anrufen auf Vollſtreckung ſeine weitern 15 kr. (mit etwaigen Portoauslagen) ſogleich mit der Hauptſumme zum Erſatz bringen würde, ſo daß es keiner weitern Liquidation bedarf. Allein wenn nun der Kläger dieſes jedesmalige Beiſchlagen unterläßt, ſo darf es der Richter nicht von Amtswegen thun und wenn das Verfahren über die Hauptſumme ohne Berückſichtigung der Koſten beendigt iſt, ſo kann man dem Kläger ſeinen Erſatzanſpruch nicht geradezu abſprechen und ſo ſteht man eben doch immer wieder vor einer Koſtenliquidation. Gerade aber, weil ſich das Sportelgeſetz auch um noch geringere Beträge, als die hier in Frage ſtehenden, kümmert, ſo wäre — wenn nicht dem bequemen: minima non curat praetor gehuldigt werden will — zu wünſchen, daß das Sportelgeſetz den §. 19 in angemeſſener Weiſe beſchränkt hätte und nicht ſammt dem §. 177 der Pr.O. zu der Anſicht Anlaß geben würde, daß auch im bedingten Mandatsprozeß dieſelbe Sportel anzuſetzen ſei, wie in wirklichen Rechtsſtreitigkeiten, die Amtsgerichte werden dann ſchon dafür ſorgen, daß die ſonſtigen unnöthigen Koſten einer beſondern Liquidation in dieſem Verfahren nicht dem Beklagten aufgeladen werden; die Praxis wird ſie — und zwar mit Fug und Recht — lediglich dem Kläger ſelbſt zur Laſt fallen laſſen.

19) Am unſicherſten und dem Hin- und Herſchwanken einer Magnetnadel vergleichbar, dürfte wohl die Praxis auf dem Gebiet der Bauſchgebühren-Ordnung der Anwälte ſein. Hier ſtehen ſich die Anſichten der Gerichte unter ſich und gegenüber den Anwälten oft diametral entgegen. Es iſt auch nicht zu leugnen, daß die Anwendung dieſer Verordnung auf die vorkommenden Fälle oft eine ſehr ſchwierige iſt. Auch die Redaction der drei erſten Poſitionen der dieſer Verordnung angehängten Tabelle iſt etwas undeutlich und ruft öfter Irrungen hervor. Die erſte Poſition heißt: „unter 50 fl.,“ die

Digitized by Google

die zweite „über 50 fl. bis 75 fl.;“ die dritte „über 75 fl. bis 100 fl.“ Hiernach ist der Fall von gerade 50 fl. nicht nur ganz ausgelassen, sondern die Fassung veranlaßt öfter das Heruntergreifen auf die folgende Position. Wenn es sich nämlich z. B. um einen Streitwerth von 100 fl. handelt, so wird oft die Gebühr von 11 fl. in Ansatz gebracht, statt von 10 fl. Der Deutlichkeit wegen hätte die zweite Position in der Tabelle heißen sollen (wie sich auch aus §. 3 I. ergibt): „Von einschließlich 50 fl. bis mit 75 fl.“ und in der dritten Position: „über 75 fl. (d. h. darüber hinaus) bis mit 100 fl. u. s. w.

Es ist hier nicht beabsichtigt, die vielen einzelnen Fälle, in welchen verschiedene Ansichten sonst täglich zum Vorschein kommen, aufzuführen, sondern es sollen nur einige hervorgehoben werden, an welchen zu ersehen ist, auf welche Weise solche Meinungsverschiedenheiten entstehen:

a) Der §. 16 bestimmt, daß für „Schriftsätze“ mindestens 1 fl. in Ansatz gebracht werden darf. Was unter „Schriftsätzen“ in der hier maaßgebenden technischen Bedeutung zu verstehen, ist weder aus der Bauschgebührenordnung selbst (die nur im §. 6 von „Hauptschriften,“ im §. 13 von „gefertigten Schriften“ und im §. 18 [der nicht hierher gehört] von „Schriftsatz“ spricht), noch aus unserer sonstigen Gesetzgebung zu ersehen. Unter Anderem werden auch sog. Kostenliquidationen darunter gerechnet. Hiergegen wird aber nicht ohne Grund eingewendet, daß die Kostenliquidationen nur „einfache Gesuche“ sind, und daß der §. 177 der Pr.O. nur von einem „aufgestellten Verzeichniß“ spricht, also von einem Schriftsatz hier nicht die Rede sein könne. Der §. 2 Nr. 5 führt auch gewisse Nebensachen auf, welche nach §. 16 in Ansatz zu bringen sind. Unzweifelhaft ist die Kostenliquidation eine solche Nebensache, allein damit ist abermals nicht gesagt, daß die Taxe des §. 16 Nr. 1 anzusetzen ist, indem vielmehr die Nr. 2 als maaßgebend zu betrachten sein dürfte.

b) Der §. 1 der B.G.O. stellt die „Benachrichtigung der Partie“ unter die Bauschgebührensumme; wenn nun ein Fall vorliegt, wo eine Bauschgebühr nicht in Ansatz kömmt, wie namentlich beim „bedingten Mandatsprozeß“ (§. 4 am Ende), so will bisweilen geltend gemacht werden, daß für Benachrichtigung der Partie in diesem Verfahren die Gebühr des §. 16 No. 2 mit 45 kr. angesetzt werden dürfe. Dem steht aber doch wohl entgegen, daß schon nach der frühern Tagordnung im bedingten Mandateprozeß für Notification nichts angesetzt werden durfte und ferner, daß der §. 16 No. 2 für Notificationen überhaupt keine Gebühr festsetzt.

c) der §. 16 No. 1 setzt für Anwohnen bei Vergleichstagfahrten eine Gebühr von mindestens 1 fl. fest. Man darf wohl mit Grund annehmen, daß hier nur von Tagfahrten die Rede ist, welche nur zur Vornahme eines Vergleichs (z. B. §. 261, §. 290 der Pr.O.) anberaumt werden. Allein durch den §. 2 No. 3 der B.G.O. in Verbindung mit §. 11 wird die Sache zweifelhaft.

Dort heißt es, daß die Mitwirkung des Anwalts bei gerichtlichen Vergleichsversuchen nach §. 16 (also mit mindestens 1 fl.) belohnt werde, sofern in der Tagfahrt nicht zugleich eine Verhandlung über die Sache selbst stattgefunden hat; während der §. 11 sagt, daß wenn die Verhandlung ohne contradictorische mündliche Verhandlung durch andere Thatsachen (also auch durch Vergleich) beendigt wurde, die Hälfte der Bauschgebühr angesetzt werden dürfe. Hier wirft sich dann die Streitfrage auf, ob der Anwalt außer dieser Hälfte auch noch die Gebühr des §. 16 anzusetzen befugt ist. Stellt man hierbei (nach §. 2 am Ende) den §. 261 der Pr.O. in den Vordergrund, so hat der Anwalt nur die Gebühr des §. 16 anzusprechen und gar keine Bauschgebühr; hält man sich dagegen an den §. 11, so wären beide Gebühren in Ansatz zu bringen. Nun kommt aber noch der weitere Umstand hinzu, der die Sache wieder zweifelhaft macht, nämlich daß beim amtsgerichtlichen mündlichen Verfahren – bei welchem nach §. 320 der Pr.O. das sogenannte erste Verfahren vollständig mündlich durchverhandelt, und erst am Schluß das Protokoll aufgenommen werden soll, die Verhandlung über die Sache und über den Vergleich oft so ineinanderfließen, daß man weder von der einen, noch von der andern allein sprechen kann, ferner daß oft durch den Vergleich die voll-

Digitized by Google

ständige Durchverhandlung, z. B. über alle Einreden oder Repliken geradezu beseitigt wird, und daß endlich oft ein sogenannter Vergleich nur darin besteht, daß die Partien sich über die Zeit der Zahlung verständigen, z. B. statt auf 14 Tage auf 3—4 Wochen (Borgvergleich), endlich daß wenn eine solche unvollständige Verhandlung schließlich mit einem sogenannten Vergleich (Rubrik 9 der sogenannten Civilprozeßtabelle) sich endigt, das Protokoll dann selbverständlich von der Verhandlung gar nichts aufnimmt, sondern nur das Schlußergebniß, so daß man glauben sollte, es habe überhaupt nur eine Vergleichsverhandlung stattgefunden. Hieraus ist leicht zu ersehen, daß und warum Zweifel entstehen müssen, ob der §. 2 No. 3 oder der §. 11 No. 1 zur Anwendung zu bringen, und ob nur die eine oder die andere Gebühr oder beide in Ansatz gebracht werden können und dürfen. Die richtige Ansicht dürfte wohl die sein, daß die §. 2 No. 3 und §. 16 No. 2 miteinander in der Art in Verbindung zu setzen sind, daß auch der erstere nur auf die Fälle anzuwenden ist, wo besondere Tagfahrt zum Vergleichsversuch anberaumt worden ist; daß aber, wenn in einer solchen Tagfahrt ein Vergleich nicht zu Stande kömmt und die Sache mit Zustimmung der Erschienenen in derselben Tagfahrt in die wirkliche Verhandlung übergeht, für den Vergleichsversuch keine Gebühr angesetzt werden darf, ebenso nicht im Fall des §. 11.

20) Früher bediente sich ein Theil der Gerichte in ihren Urtheilen in Vermögensabsonderungs-Prozessen der Fassung: „es sei das Vermögen der Ehefrau von dem des Ehemannes abzusondern;" neuerer Zeit trifft man auf die gewiß richtigere Fassung: „die Ehefrau wird für berechtigt erklärt, ihr Vermögen von dem ihres Ehemannes abzusondern." Daß ein solches Urtheil rechtskräftig und vollzugsreif wird, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel; dagegen darf man die Frage aufwerfen, was zu geschehen hat, um es zum Vollzug zu bringen. In dieser Beziehung kömmt nicht selten die Praxis vor, daß sich die Klägerin an das Amtsgericht wendet, um den Vollzug herbei zu führen. Betrachtet man aber den Inhalt eines solchen Urtheils, so ergibt sich, daß es keine Frist zur Folgeleistung festsetzt und doch besagt der §. 837 Abs. 1 der Pr.O., daß das Gesuch um Vollstreckung nur erst nach Ablauf der gesetzten Frist angebracht werden kann. Der Abs. 2 hinwieder spricht vom „Zugriff;" nun ergibt sich aber, daß von einem Zugriff bei einem solchen Urtheil um so weniger die Rede sein kann, als der Vollzug des Urtheils überhaupt keineswegs blos gegen den Ehemann gerichtet ist, sondern daß die Ehefrau beim Vollzug selbst mitzuwirken hat und dabei thätig sein muß, so daß auch selbstverständlich von einer Vollstreckungsverfügung, welche das Amtsgericht zu erlassen hätte (§. 840 der Pr.O.), gar nicht die Rede sein kann. Nimmt man noch hinzu, daß der §. 2 der Verordnung über die Aufstellung der Vollstreckungsbeamten — welcher besonders bezeichnet, was die Notare als Vollstreckungsbeamte zu besorgen haben, kein Wort von dem Vermögensabsonderungsvollzug spricht, so ergibt sich, daß es in der That ganz sinnlos ist, wenn die Amtsgerichte um Anordnung des Vollzugs solcher Urtheile angegangen werden, denn so wie sich die Sache in Wirklichkeit gestaltet, erscheint dabei das Amtsgericht lediglich als Briefträger, dessen Geschäft erledigt ist, sobald es das Gesuch um Vollzug (geeignetenfalls mit der kreisgerichtlichen Vollzugreiferklärung) dem Notar übermittelt hat. Es ist nämlich hierbei die oben bezeichnete „richtige Urtheilsfassung" geltend, und der für berechtigt erklärten Ehefrau zu überlassen, ihr Ansuchen nach §. 3 No. 2. 3, §. 4 der Gesch.Ord. für die Notare und §. 32 des Notariatsgesetzes rechtzeitig beim Notar anzubringen. Der §. 206 der Gesch.Ord. für die Notare sagt zwar, daß Vermögensaufnahmen aus richterlichem Auftrag wegen einer Vermögensabsonderung und dergleichen in der Form aufzunehmen sind, welche für Erb- und Gemeinschaftstheilungen vorgeschrieben ist, und daraus könnte man etwa folgern wollen, daß ein deßfallsiger Auftrag vom Amtsgerichte ausgehen muß. Allein man darf nicht übersehen, daß der §. 206 nur die Absicht hat, den Notar zu unterweisen, wie er zu verfahren hat, wenn er einen solchen Auftrag erhält, daß er aber keineswegs ausspricht, daß der Notar nur aus Auftrag des Amtsgerichts ein solches Geschäft vornehmen dürfe; denn der Notar muß auf Antrag der Ehefrau, die ihm ein für vollzugsreif erklärtes Absonderungsurtheil vorlegt, seine Thätigkeit eintreten lassen, ohne daß es noch eines besondern Auftrags des Amtsgerichts bedarf, dessen Ertheilung dem Amtsgericht durch ein Gesetz, namentlich durch den §. 837 der Pr.O. nicht auferlegt ist.

21) Nicht selten findet man in öffentlichen Blättern —

Digitized by Google

und dieses schließt sich an das oben unter No. 5 über unnöthige Bekanntmachungen Gesagte an — daß, wenn auf Grund des L.R.S. 770 die in der öffentlichen Bekanntmachung bezeichnete Frist abgelaufen ist, die Einweisung in die Gewähr der Hinterlassenschaft ebenfalls wieder öffentlich bekannt gemacht wird. Diese letztere Bekanntmachung ist ganz zwecklos und verursacht nur unnöthige Einrückungskosten. Man findet auch überall in den bestehenden Gesetzen nicht die mindeste Andeutung, daß eine solche Bekanntmachung stattzufinden habe.

22) Wenn im Fall des §. 123 der Pr.O. die Beiladung eines Dritten zum Streit zur „Eidesleistung" von einer Partie beantragt und von der Gegenpartie nicht beanstandet worden, dadurch vielmehr der vom Dritten zu leistende Eid als angenommen zu betrachten ist, so trifft man oft auf die Praxis, daß der Dritte — ehe weiter verfahren, d. h. ehe das auf Eidesleistung durch den zum Streit beizuladenden Dritten erkennende Urtheil erlassen worden ist — vorgeladen wird, um sich über die Annahme des Eides zu erklären. Dieses Verfahren entspricht dem Gesetz nicht, weil der Dritte nicht zur Erklärung über die Annahme des Eides beizuladen ist, sondern zur Eidesleistung, also erst wenn das Urtheil erlassen und Tagfahrt zur Eidesleistung anberaumt ist; denn es kömmt auf die Erklärung desselben — zu welcher er als Dritter ohnehin nicht unter Androhung eines Rechtsnachtheils vorgeladen werden kann — nicht an, sondern darauf, ob er den Eid in der anberaumten Eidestagfahrt, zu welcher er vor-, d. h. beigeladen wird, den Eid leistet oder verweigert, wie aus §. 123 Abs. 2 hervorgeht.

Solche und ähnliche Verschiedenheiten, wie sie vorstehend aufgeführt sind, kommen in der Gerichtspraxis vielfältig vor, und wenn sie auch zum Theil von nicht großer Erheblichkeit sind, so sind sie doch insofern nicht ohne Bedeutung, als sie dem Publikum nicht entgehen und dessen Urtheil über das Justizwesen beeinflussen; und wie soll es zur Justiz Vertrauen fassen lernen, wenn es eine so verschiedene Behandlungsweise mit ansehen muß. Weitaus der größte Theil der Rechtsuchenden weiß die formelle von der materiellen Seite nicht zu unterscheiden und wenn daher in Beziehung auf die erstere Grund vorhanden ist, die Justizverwaltung in einem zweifelhaften Licht zu betrachten, weeil verschiedene Behandlungsweisen nicht nur zwischen zwei oder mehreren Gerichten, sondern bisweilen bei einem und demselben Gericht zu Tage treten, so wird das Urtheil über die Landesjustiz überhaupt ungünstig ausfallen.

Es wäre daher im Interesse der Justiz sehr zu wünschen, wenn solche Verschiedenheiten aus der Welt geschafft würden. Eine Gleichmäßigkeit durch das Oberhofgericht herbeizuführen, ist nicht wohl erreichbar, theils weil derlei Fälle oft nur in längeren Zeiträumen einzeln dort zur Entscheidung kommen und also das Unrichtige lange Zeit überwuchern kann, theils weil sie schon ihrer Natur nach gar nicht zur höhern Cognition gelangen. Alles nur dem Justizministerium zu überlassen in der Weise, daß es Belehrungen ertheilt, findet hauptsächlich darin seinen Anstand, daß schon lange der Grundsatz festgehalten wird, sich in derlei Angelegenheiten nicht einzumischen und gewissermaaßen die Selbstständigkeit der Gerichte anzutasten, obgleich nicht zu leugnen ist, daß auch dieser Grundsatz im Interesse des zu erhaltenden Ansehens der Justiz seine Grenzen haben muß. Es wird daher der weiteree Weg einzuschlagen seiu, solche Fälle in öffentlichen Blättern zum Austausch der Meinungen und zur endlichen Feststellung der als richtig anzunehmenden zu bringen. In dieser Absicht sind auch die obigen Fälle — deren sich von anderer Seite wohl noch eine große Anzahl anderer anreihen werden — zur Sprache gebracht worden.

Dietz,
Oberamtsrichter in Freiburg.

59.

Der Privatankläger muß auf Vorladung von Seiten der Rekurskammer zur Rekursverhandlung erscheinen, widrigenfalls der ihm angedrohte Rechtsnachtheil, daß sein Ausbleiben als Verzicht auf die Anklage angesehen werde, nach unentschuldigtem Ausbleiben gegen ihn ausgesprochen wird.

§. 319. 320. 325 der Str.P.O.

J. A.S.

gegen

Vitalis Rothenberger von Rheinsheim, Kaufmann in Karlsruhe,

wegen Körperverletzung,

war von der Anklägerin Theresia Niederbühl gegen die Verfügungen des großh. Kreis- und Hofgerichtes

Digitized by Google

Karlsruhe, Rekurskammer, vom 15. Januar l. J., durch welche sie unter Androhung des im §. 320 Abs. 2 der Str.P.O. bezeichneten Rechtsnachtheils zum Erscheinen in der Hauptverhandlung vorgeladen und vom 22. jenes Monats, durch welche in Folge ihres unentschuldigten Ausbleibens in der Tagfahrt die von ihr gegen Vitalis Rothenberger erhobene Anklage als zurückgenommen angesehen und das Verfahren eingestellt wurde, das Rechtsmittel der Beschwerdeführung eingeführt, durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 23. März 1869, aber als unbegründet verworfen worden.

Entscheidungsgründe.

Die Befugniß zur persönlichen Vorladung der Anklägerin hatte der Rekursrichter schon nach der allgemeinen Bestimmung des §. 230 der Str.P.O. und ferner nach der Bestimmung des §. 393, welche dem Rekursrichter ohne alle Beschränkung, somit auch in Privatanklagesachen — gestattet, nicht blos auf den Antrag eines Betheiligten, sondern auch nach eigenem Ermessen die vollständige oder theilweise Wiederholung der in erster Instanz stattgehabten Beweisaufnahme, wohin auch die Einvernahme des Beschädigten oder Anklägers gehört, zu verfügen; insbesondere aber nach der speciellen Vorschrift des §. 319 Abs. 2 der Str.P.O., welche den Richter hiezu ausdrücklich ermächtigt.

Der §. 319 steht in dem XXI. Titel der Str.P.O., welcher allgemeine Vorschriften über die, bei dem Verfahren in Privatanklagesachen eintretenden, Eigenthümlichkeiten enthält und ist daher in dem Rekursverfahren ebenso anwendbar, wie in dem Verfahren vor dem Amtsgerichte.

cf. Ammann, Anmerk. 2 zu §. 395 der Str.P.O.

Der Rekursrichter war auch in dem vorliegenden Fall um so mehr veranlaßt, die Anklägerin zum persönlichen Erscheinen in der Rekursverhandlung aufzufordern, als er behufs der vollständigen Aufklärung des Sachverhalts die Wiederholung der in erster Instanz stattgehabten Beweisaufnahme und die Erhebung der von beiden Theilen vorgeschlagenen neuen Beweise für nöthig hielt und von der Anklägerin selbst die beste Auskunft über den Hergang der Sache erwarten konnte.

War der Rekursrichter hienach berechtigt, die Anklägerin zum persönlichen Erscheinen bei der mündlichen Verhandlung vorzuladen, so hatte er auch nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes den Rechtsnachtheil, daß ihr Ausbleiben als Verzicht auf die Anklage werde angesehen werden, bei der Vorladung anzudrohen und bei ihrem unentschuldigten Ausbleiben auszusprechen.

Str.P.O. §§. 319. 320 und 325.

Diese gesetzliche Bestimmung hat ihren guten Grund in der, dem bürgerlichen Prozeß in mancher Beziehung ähnlichen, Natur der Privatanklage.

Der Ankläger, welcher die gerichtliche Verfolgung und Bestrafung des Angeklagten wegen eines an ihm begangenenen Vergehens verlangt, hat dem Richter die zur Erreichung dieses Zweckes nöthigen Mittel zu verschaffen; er hat den Sachverhalt, auf welchen die Anklage sich gründet, darzustellen und die zur Ueberweisung des Anklägers dienlichen Beweise zu bezeichnen, und wenn er auch selbst nicht als Zeuge auftreten kann, so hat er doch dem Richter der ersten Instanz, wie dem Rekursrichter, die zur Aufklärung der Sache nöthige Auskunft zu geben und wenn er dies — sei es ausdrücklich, oder stillschweigend durch Ausbleiben in der Tagfahrt — zu thun verweigert, gibt er selbst deutlich zu erkennen, daß es ihm mit der gerichtlichen Verfolgung des Angeklagten nicht Ernst ist.

Str.P.O. §§. 318. 331 Abs. 1 und 319 Abs. 2.

Die von der Anklägerin gegen die Verfügung vom 22. Januar l. J. eventuell erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde, abgesehen von der Frage, ob die Beschwerdeführerin solche eventuell geltend machen, d. h. ob sie verlangen kann, daß zuerst über die Zulässigkeit und Begründetheit der von ihr in erster Reihe eingeführten (einfachen) Beschwerde erkannt und erst dann, wenn diese als unstatthaft oder als unbegründet verworfen werden sollte, die Nichtigkeitsbeschwerde geprüft werde, oder ob sie nicht vielmehr das Rechtsmittel, von welchem sie Gebrauch machen will, bestimmt zu bezeichnen hat, — schon deßhalb als unzulässig verworfen, weil sie nicht gegen ein Urtheil, sondern nur gegen eine prozessualische Verfügung gerichtet ist.

Str.P.O. §. 373 im Eingang vergl. mit den §§. 376. 398. 325 Abs. 2 und 321 am Ende.

Red.

60.

Zur Strafrechtspflege.

XXIII.

Fall der Verurtheilung wegen Körperverletzung auf Grund eines die Voraussetzungen der Tödtung

Digitized by Google

nach Str.G.B. §. 213 vermeinenden Wahrspruchs.

Auslegung des Wahrspruchs. Anwendung des Str.G.B. §. 98 und §. 125.

In der schwurgerichtlichen Anklagesache gegen den abwesenden Christian Kraus von Waldwimmersbach wegen fahrlässiger durch vorsätzliche Körperverletzung verursachter Tödtung, lautete die Fragestellung an die Geschworenen und der Wahrspruch wie folgt:

Frage 1.

Ist der Angeklagte Christian Kraus von Waldwimmersbach schuldig, mit einer oder mehreren Personen am Morgen des 21. September 1868, sich in Folge eines im Affekt gefaßten Entschlusses verabredet zu haben, den Wilhelm Backfisch von Guttenbach zu mißhandeln, oder an seinem Körper oder an seiner Gesundheit zu beschädigen?

Antwort: Ja!

Frage 2.

(Für den Fall der Bejahung der Frage 1.)

Ist in Folge der in Frage 1 erwähnten Verabredung am Morgen des 21. September Wilhelm Backfisch von Guttenbach von einer der Personen, welche diese Verabredung getroffen haben, durch Schläge mittelst eines eisernen Leuchters auf den Kopf derart verletzt worden, daß ohne eine darauf gerichtete Absicht des Thäters der am 14. Oktober 1868 eingetretene Tod dadurch verursacht wurde?

Antwort: Ja!

Frage 3.

(Im Falle der Bejahung von Frage 1 und 2.)

Ist der Angeklagte Christian Kraus schuldig, in Folge der in Frage 1 erwähnten Verabredung zur Ausführung des gemeinschaftlich mit Andern bezweckten Verbrechens,

a) vor oder
b) bei der in der Frage 2 bezeichneten That mitgewirkt oder
c) durch seine Anwesenheit sich zur Mitwirkung bereit gezeigt zu haben?

Antwort: Ja! sowohl in Bezug auf a, als b, also auch c.

Frage 4.

(Im Falle der Bejahung von Frage 3.)

Konnte der Angeklagte Christian Kraus den eingetretenen Erfolg der in Frage 2 bezeichneten Handlung nach allgemeiner Erfahrung oder seiner besonderen Kenntniß, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Befliſſenheit, wenn auch nur als die sehr unwahrscheinliche Folge jener Handlung vorhersehen?

Antwort: Nein!

Frage 5.

(Für den Fall der Bejahung von Frage 1. 2. 3 u. 4.)

Hatte der Getödtete, Wilhelm Backfisch, den Affect der bei der in Frage 1 bezeichneten Verabredung Betheiligten durch thätliche Mißhandlungen oder schwere Beleidigungen oder Kränkungen, zu welchen diese Personen keine hinreichende Veranlassung gegeben hatten, selbst hervorgerufen?

Antwort: Ja!

Auf diesen theils bejahenden, theils verneinenden Wahrspruch erließ der Schwurgerichtshof (Kreis- und Hofgericht Mannheim), nachdem bereits auf Grund einer früheren Verhandlung die Mitangeklagten des abwesenden Christian Kraus insgesammt freigesprochen worden waren[1]), ein diesen Angeklagten der fahrlässigen Tödtung, veranlaßt durch vorsätzliche, im Affekt und in verbrecherischer Verbindung verübte, Körperverletzung freisprechendes Urtheil.

Ein Antrag des Staatsanwaltes auf Stellung eventueller Fragen nach Str.G.B. §. 239 Ziff. 5 und Schlußabsatz wegen Tödtung im Raufhandel war von dem Schwurgerichtshof vorher verworfen worden.[2]) Auf erfolgten Wahrspruch beantragte der Staatsanwalt eventuell, den Angeklagten wenigstens gemäß Str.G.B. §. 232 Ziff. 3 der vorsätzlich im Affekt und in verbrecherischer Verbindung verübten Körperverletzung für schuldig zu erklären.

Hierauf ging aber der Schwurgerichtshof nicht ein, indem er ausweislich seiner Urtheilsgründe unter Hinweis auf Annalen, Band 26 S. 130 ff. in Erwägung brachte, daß diesem Antrag deßhalb nicht Statt gegeben werden könne, weil in dieser Beziehung nichts constatirt sei.

Hiegegen ergriff die Staatsanwaltschaft die Nichtig-

---

[1]) Str.Pr.O. §. 361 Abs. 2.

[2]) Der Schwurgerichtshof fand in dem betreffenden Vorgang und dem Ergebniß der Verhandlung keinerlei Anhalt für die Annahme der Voraussetzungen eines Raufhandels. Ein Rechtsmittel wegen dieser Verwerfung stand dem Staatsanwalt nach Str.P.O. 375 Ziff. 1 in Vergleichung mit §. 373 Ziff. 1. 2. 3 nicht zu. Vergl. Annalen Band 31 Seite 201.

Digitized by Google

keitsbeschwerde nach Str.P.O. §. 375 Ziff. 2, verglichen mit §. 373 Ziff. 7, weil der Angeklagte nicht nach dem eventuellen Antrag verurtheilt wurde. [3])

Der oberste Gerichtshof erachtete diese Beschwerde für begründet und sprach am 24. April d. J., unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils, soweit es den Angeklagten Kraus völlig freisprach, die Verurtheilung des Angeklagten wegen im Affekt und in verbrecherischer Verbindung verübter Körperverletzung des Wilhelm Backfisch unter dem Milderungsgrunde des §. 233 des Str.-G.B. zu einer Kreisgefängnißstrafe von 3 Monaten u. s. w. aus.

Diese Entscheidung stützt sich im Wesentlichen auf nachfolgende

Gründe.

Nach der Ansicht des Gerichtshofes erscheint die bejahende Beantwortung der drei ersten Fragen (der belastenden Fragen 1. 2 u. 3) durch die Geschworenen nach Lage der Sache allerdings genügend, um einer Verurtheilung des Angeklagten wegen des bezeichneten geringeren Verbrechens Eingang zu verschaffen, und die verneinende Beantwortung der Frage 4 steht, richtig aufgefaßt, in dieser Beziehung nicht entgegen.

Die Frage 1 bezieht sich auf das Dasein einer verbrecherischen Verbindung. Durch deren Bejahung ist festgestellt, daß der Angeklagte schuldig ist, mit einer oder mehreren andern Personen am Morgen des 21. September 1868 sich in Folge eines im Affect gefaßten Entschlusses verabredet zu haben, den Wilhelm Backfisch von Guttenbach zu mißhandeln, oder an seinem Körper oder an seiner Gesundheit zu beschädigen.

Die Frage 2 bezieht sich auf die erfolgte körperliche Verletzung des Backfisch, verübt durch einen der Theilnehmer an der erwähnten Verabredung in Folge der letzteren und auf den hierdurch herbeigeführten Tod des Verletzten. Durch die Bejahung dieser Frage ist festgestellt, daß Backfisch damals von einer der Personen, welche die Verabredung getroffen haben, durch Schläge mittelst eines eisernen Leuchters auf den Kopf derart verletzt worden ist, daß ohne eine darauf gerichtete Absicht des Thäters der am 14. October 1868 eingetretene Tod dadurch verursacht wurde.

Durch die Bejahung der Frage 3 aber, welche sich auf die Mitwirkung des Angeklagten bei der That in Folge der Verabredung bezieht, ist auch dessen Mitwirkung nach Verabredung vor und bei der That festgestellt.

Hiedurch erscheint die Schuld des Angeklagten hinsichtlich des geringeren Verbrechens der Körperverletzung gemäß §. 125 hinreichend hergestellt.

Da im vorliegenden Falle, nach Inhalt der in Frage 1 bezeichneten Verabredung, ein unbestimmter Vorsatz, nämlich die Absicht, zu mißhandeln oder körperlich zu verletzen (an der Gesundheit zu beschädigen), Statt fand, so kommt hier die Vorschrift des §. 98 des Str.G.B. in Anwendung, es wird dem Angeklagten derjenige Erfolg zum Vorsatz zugerechnet, welcher wirklich eingetreten ist, ohne daß eine weitere Untersuchung bezüglich der Absicht nöthig fällt. [4])

Ueber die erfolgte Körperverletzung im Allgemeinen besteht nach der Beantwortung der Frage 2 überall kein Zweifel, was aber deren nähere Vereigenschaftung, namentlich Dauer der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit des Verletzten betrifft, welche nur hinsichtlich der Abstufung der Strafdrohung in Betracht kommt, so ist nach Sachlage und im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten jedenfalls nur die geringste Stufe des Str.G.B., §. 232 nämlich Ziff. 3 (verglichen mit §. 225 Ziff. 5), anzunehmen, auch in dieser Hinsicht kann daher ein Anstand und eine Beschwerde für den Angeklagten im Falle der Verurtheilung desselben wegen Körperverletzung nicht Platz greifen.

Durch die Beantwortung der Frage 4 ist nun allerdings verneint, daß der Angeklagte den eingetretenen Tod des Verletzten als eine Folge der beabsichtigten Handlung irgend voraussehen konnte, eine Verurtheilung wegen des im Str.G.B. §. 213 vorgesehenen Verbrechens der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung konnte daher nicht erfolgen. [5])

---

[3]) Eine fernere auf Str.P.O. §. 373 Ziff. 4, §. 375 Ziff. 1 gestützte Beschwerde wurde von der Staatsanwaltschaft nicht weiter verfolgt.

[4]) Einer weitern Feststellung in Bezug auf die Absicht der Körperverletzung bedurfte es nach dem Inhalt und der Beantwortung der Frage 1 und nach der Bestimmung des §. 98 des Str.G.B. überall nicht, und es kam auch die Vorschrift des §. 234 des Str.G.B. nicht in Frage, da diese letztere Vorschrift den Fall eines bestimmten Vorsatzes voraussetzt. Insofern kam es auch auf den Grund der Möglichkeit der Voraussicht des eingetretenen Erfolges nicht weiter an.

[5]) Dieser als feststehend zu betrachtende Satz findet sowohl in der Fassung des Gesetzes selbst, als in der Natur des Verbrechens und der Verschuldung, sowie auch in allgemein anerkannten Grundsätzen des Strafrechts seine Begründung. Die gegentheilige Auffas-

Digitized by Google

Mehr iſt aber in der erwähnten Beantwortung der Frage 4 nicht zu ſuchen und nicht zu finden, denn die Frage 4 bezog ſich nur auf den eingetretenen Erfolg des Todes und konnte ſich auch nur auf ſolchen beziehen, weil nur in Bezug auf dieſen nicht beabſichtigten Erfolg die Möglichkeit der Vorausſicht überhaupt rechtlich in Frage kommen konnte, wie ſich aus dem Obigen ergibt. In gleicher Beſchränkung wie die Frage iſt auch die Antwort der Geſchworenen aufzufaſſen, was durch die Beantwortung der auf den Milderungsgrund des Str.G.B. §. 233 gerichteten Frage 5 von Seiten der Geſchworenen entſchieden beſtätigt wird. [6])

Hiernach iſt die erhobene Beſchwerde begründet, und es iſt unter Aufhebung des den Angeklagten völlig freiſprechenden Urtheils die Verurtheilung des Angeklagten Kraus wegen vorſätzlich, im Affect und in verbrecheriſcher Verbindung unter dem Milderungsgrunde des Str.G.B. §. 233 verübter, Körperverletzung des Wilhelm Backfiſch auszuſprechen. Die Strafe iſt nach Str.G.B. §. 125. 126. 232 Ziff. 3, §. 233, §. 150—152 zu bemeſſen.

Hinſichtlich der Koſten u. ſ. w.

Zum Schluſſe ſoll hier noch die Bemerkung Platz finden, daß die Minderheit des Gerichtshofes nach Faſſung der Fragen und des Wahrſpruchs Anſtand nahm, auf Grund derſelben eine Verurtheilung des Angeklagten wegen Körperverletzung auszuſprechen [7]), indem ſie der Anſicht war, daß die Körperletzung nach ihrer gemäß Str.G.B. §. 225. 232 weſentlich in Betracht kommenden Beſchaffenheit und Vereigenſchaftung im Wahrſpruch nicht genügend feſtgeſtellt ſei, und daß auch die zum Nachtheil des Angeklagten angenommene beſchränkende Auslegung der, auf jeden Erfolg, nicht blos den tödtlichen Erfolg, lautenden Frage 4 und ihrer verneinenden Beantwortung nach den Grundſätzen über Auslegung von Wahrſprüchen bedenklich erſcheine. [8])

Solchen Bedenken könnte in ähnlichen Fällen durch eine vollſtändigere und beſtimmtere Faſſung der Frage zweckmäßig vorgebeugt werden. [9])

E. Brauer.

ſung und Ausführung von Keller im Magazin Band 4 S. 366 iſt durchaus unhaltbar und darf wohl als allgemein verworfen bezeichnet werden.

Vergl. dagegen Annalen, Band 26 S. 277 ff., beſonders S. 279 Note 9 und die dort genannten Ausführungen von Zentner, Haager, Puchelt, ſ. auch Puchelt, Strafgeſetzbuch §. 212 Note 4.

[6]) Es ſcheint in der Abſicht des Schwurgerichtshofes gelegen zu haben, daß die Frage 5 im Falle der Verneinung der Frage 4 gar nicht zu beantworten ſei.

[7]) Mehrfache Schwierigkeiten bieten ſich dar, wenn es ſich darum handelt, ob und inwiefern das Verbrechen der fahrläſſigen Tödtung, verurſacht durch vorſätzliche Körperverletzung, eventuell im Falle der Unerweislichkeit der Vorausſetzungen der Tödtung als einfache Körperletzung angeſehen und beſtraft werden kann?

Vergl. hierüber Annalen Band 26 S. 125, S. 130, S. 137, Puchelt, Strafgeſetzbuch §. 212 Note 7.

Die neue Strafprozeßordnung enthält verſchiedene Beſtimmungen, welche dazu dienen, die fraglichen Schwierigkeiten zu erleichtern. Vergl. z. B. §. 208, §. 245 Abſ. 2 §. 248, §. 249, §. 278 u. ſ. w.

Die wohl noch vorkommende Anſicht, daß der Schwurgerichtshof in dem Falle, wenn es ſich nur noch um die Aburtheilung eines an ſich nicht vor das Schwurgericht gehörigen Verbrechens handelt, die bezüglichen Thatſachen, ohne eines Wahrſpruches hierüber zu bedürfen, gleich dem ſonſt zur Aburtheilung dieſes Verbrechens berufenen Gerichte, ſelbſt feſtzuſtellen befugt ſei, ſteht mit dem richtig aufgefaßten Geiſt des Schwurgerichts ſicher nicht im Einklang. Dieſelbe findet auch in der Faſſung der bezüglichen Beſtimmungen der jetzigen Strafprozeßordnung gar keine Unterſtützung. Vergl. Str.P.O. §. 292 Abſ. 2 „nach dem Wahrſpruch der Geſchworenen"), ſodann §. 279 Abſ. 2 und §. 245. 248. Insbeſondere zeigt auch die nur für die Strafkammer geltende beſondere Vorſchrift des §. 298 über die erforderliche Stimmenzahl, eine Vorſchrift, die der Schwurgerichtshof doch ſicher nicht analog in Anwendung bringen dürfte, die Unzuläſſigkeit eines ſolchen nicht ſchwurgerichtlichen Verfahrens auf ſchwurgerichtliche Hauptverhandlung.

Schon unter dem früheren Geſetz iſt dieſe Auffaſſung, in früherer, ſowie auch in ſpäterer Zeit, als die richtige erkannt worden.

Annalen Band 26 a. a. Orte S. 128, S. 133. 136. (Gegenanſicht S. 140.)

Vergl. hiemit Plank, deutſches Strafverfahren §. 148.

H. Meyer, Thal- und Rechtsfrage S. 231.

Letzterer bemerkt daſelbſt: „Jeder geſetzliche Thatbeſtand irgend eines Verbrechens alſo, den man auf die concrete Handlung des Angeklagten anwenden will, muß von den Geſchworenen feſtgeſtellt werden."

Aus der Begründung der oben mitgetheilten Entſcheidung läßt ſich wohl erkennen, daß auch das Oberhofgericht von dieſer richtigen Auffaſſung ausgegangen iſt.

[8]) Man vergl. den in Annalen Bd. 34 S. 163—164 mitgetheilten Fall. Dort trat hinſichtlich der Würdigung und Auslegung des Wahrſpruches in Vergleichung mit Str.G.B. §. 142 eine ähnliche grundſätzliche Verſchiedenheit der Meinungen hervor. Vergl. hiezu Köſtlin, Strafrecht §. 91, Berner, Strafrecht, §. 170 Schluß, Puchelt, Str.G.B. §. 142, Bemerkung 13.

[9]) Im vorliegenden Falle hätte z. B. in Frage 2 die erfolgte Krankheit und Arbeitsunfähigkeit füglich in geeigneter Faſſung mit angeführt werden können. Frage 4 wäre dann in beſtimmterer Weiſe auf den tödtlichen Erfolg zu richten geweſen.

Digitized by Google

61.

Wechſelrecht.

1) Wenn ein freiwilliger Intervenient als Ehrenacceptant zu Gunſten eines Wechſelverpflichteten aufgetreten iſt, ſo iſt zur Wechſelklage des Honoraten gegen den Traſſaten als Acceptanten der urkundliche Beweis erforderlich, daß der Kläger entweder ſelbſt den Wechſel eingelöſt oder den Intervenienten ſchadlos gehalten hat.
2) Befindet ſich bei dem Accept des Traſſaten eine Nothadreſſe, ſo muß auch bei dieſer der Proteſt erhoben werden, widrigenfalls der wechſelrechtliche Anſpruch gegen den Acceptanten, Adreſſanten erlöſcht.

Entſcheidungsgründe

zu dem rechtskräftig gewordenen Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 11. Oktober 1867, In Sachen Joſeph Zivi gegen Grethel.

Der Kläger belangt den Beklagten auf Zahlung eines Wechſelbetrags von 1133 fl. und 6 pCt. Zins vom 5. September d. J. nebſt 2 fl. 46 kr. Koſten und ½ pCt. Proviſion aus der ganzen Summe und gründet dieſes Geſuch darauf, daß er behauptet, er habe den, in heutiger Tagfahrt vorgelegten, Wechſel am 20. Januar d. J. auf den Beklagten, zahlbar am 1. September im Büreau des Zivi-Lang in Freiburg gezogen. Dieſer Wechſel, welcher in Giro geſetzt und ſchließlich auf Banquier Sautier in Freiburg indoſſirt worden iſt, wurde von dem Beklagten angenommen, am Verfalltag aber von demſelben nicht honorirt, weßhalb deſſen Präſentation und Proteſtation erfolgte am 2. September d. J. Bei dieſem Anlaß haben Zivi-Lang durch ihren Bevollmächtigten Salomon Zivi vor dem Notar in der Proteſturkunde erklärt, daß ſie Zahlung zu Ehren des Klägers leiſten. Dieſe Zahlung iſt auch erfolgt, wie aus der vorgelegten Quittung des Joſeph Sautier hervorgeht. Dieſe Quittung iſt zwar an den Kläger adreſſirt, ohne daß jedoch aus ihr ein ſicherer Anhaltspunkt dafür hervorgeht, daß dieſer ſelbſt die Zahlung geleiſtet habe. Es wird dies in der Klage zwar behauptet, wogegen die Proteſturkunde vermuthen läßt, daß die Zahlung durch den Ehrenacceptanten erfolgt ſei. Da auf dem Wechſel ſelbſt durch Joſeph Sautier lediglich mit dem Beiſatz „per acquit" quittirt worden, ſo gibt auch dieſe Urkunde keinen genauen Aufſchluß über die Perſon des Zählers und fehlt es an einem wechſelrechtlich beurkundeten Vorgang, durch welchen die Proteſturkunde und der Wechſel von Zivi-Lang an die Perſon des Klägers gekommen iſt. Außer dieſer mangelhaften Aktivlegitimation iſt aber in vorliegendem Fall noch beſonders erheblich, daß dem Accept des Beklagten, — was aber in der Klage ignorirt wird — eine Nothadreſſe beigefügt iſt durch folgenden Beiſatz: „nöthigenfalls bei Herrn Julius Meyer für G. R.," und daß bei dieſer Nothadreſſe weder eine Präſentation, noch eine Proteſtation des Wechſels geſchehen iſt. Durch Unterlaſſen deſſen gebt aber der Regreß gegen den Adreſſanten d. i. den Beklagten verloren. Allg. d. W Ord. Art. 62.

Borchard, deutſche W.Ord. zu Art. 62 Zuſ. 425
Renaud, Wechſelrecht §. 67 S. 170. 171 Ziff. 4.
Brauer, W.O. Art. 56 Anm. 3 S. 123—125.

Aus dieſen Gründen erſcheint die vorliegende Wechſelklage als in Rechten nicht begründet ꝛc.

Dr. Puchelt.

62.

Correſpondenz.

Die geehrten Herrn Mitarbeiter werden gebeten, bei Abfaſſung ihrer Aufſätze auf das Raumverhältniß dieſer, für das Jahr nur auf 48 Bogen berechneten, Zeitſchrift gefällig die Rückſicht nehmen zu wollen, daß ſie den zur Aufnahme beſtimmten Arbeiten keine Ausdehnung geben, welche in einem Mißverhältniß zu dem in dieſen Blättern verfügbaren Raum ſteht.

Die Betheiligung durch Einſendung von Aufſätzen nimmt in erfreulicher Weiſe zu und es iſt begreiflich, daß jeder Verfaſſer wünſcht, ſeinen Artikel bald gedruckt zu ſehen. Dieſer Wunſch wird aber dadurch nicht unweſentlich beeinträchtigt, daß einzelne Artikel unverhältmäßig umfangreich ſind.

Kommt dazu, wie dies in letzter Zeit leider der Fall war, noch eine Störung in Förderung des Drucks überhaupt, ſo iſt der Redaction nicht möglich, die berechtigten Wünſche nach raſcher Folge der einkommenden Artikel erfüllen zu können.

Zu Gunſten der Aufſätze, welche nicht zu viel Raum beanſpruchen, wird künftig die Anordnung nicht zu umgeben ſein, daß größere Abhandlungen in der Regel erſt nach jenen zum Druck befördert werden.

Die Redaktion.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 10.**

63.

Kauf zum Zwecke der Sicherheit für eine Forderung. Einkleidung eines Rechtsgeschäfts in die Form eines anderen.

Vertragsursache.

L.R.S. 1131.

Actio Pauliana.

L.R.S. 1167. L.R.A.S.S. 211—214. Pr.O. §. 723—726.

Annalen Jahrgang 1868, No. 118 S. 266.

Friedrich von Binzer von Klosterwald in Sigmaringen und Hugo Elert von Berlin unternahmen im Laufe der Jahre 1863—1867 mehrere größere Eisenbahnbauarbeiten, nämlich zum Theile die Erweiterung des Bahnhofes zu Stuttgart, die Herstellung eines Theiles der badischen Odenwaldbahn, die Erdarbeiten für den neuen Bahnhof zu Mannheim, die Herstellung der würtembergischen Enzthalbahn von Pforzheim nach Wildbad, geriethen indessen hierüber in Vermögenszerfall, welcher im September 1867, während die Arbeiten zu Mannheim und an der Enzthalbahn noch in vollem Gange waren, zu außergerichtlichen und gerichtlichen Verhandlungen mit den Gläubigern, zu einer Vermögensabtretung im Sinne der L.R.S.S. 1265—1270, im Oktober desselben Jahres zur Anzeige des Zahlungsunvermögens bei dem großh. Amtsgerichte Pforzheim und zu einem am 14. eben gedachten Monats erlassenen Ganterkenntnisse dieses Gerichtes führte.

Die Gebr. Sulzbach, Banquiers zu Frankfurt a. M., erhoben Ansprüche auf, in der Vermögensmasse der von Binzer und Elert befindliche Fahrnißgegenstände im Werthe von 78,000 fl. und begründeten diese Ansprüche in einer am 30. Oktober 1867 bei dem Gantgerichte eingekommenen „Anmeldungsklage" näher dahin, daß sie laut Privaturkunde unter dem 17. April 1867 von dem Gemeinschuldner zwei Locomotive im Werthe von 14,000 fl., 10,000 Centner Hilfsbahnschienen im Werthe von 50,000 fl., 200 Erdtransportwagen im Werthe von 14,000 fl. (78,000 fl.), um die Summe von 78,000 fl. gekauft, den Kaufpreis bezahlt, die erkauften Gegenstände den Gemeinschuldnern zum Gebrauche belassen hätten, letzteres unter dem ausdrücklichen Gedinge, daß davon nichts veräußert werden dürfe. Sie baten, ihnen die fraglichen Gegenstände als Eigenthum zuzuscheiden, im Falle einer Beanstandung dieses Gesuches aber dieselben versteigern und den Erlös daraus einstweilen verzinslich anlegen zu lassen.

In der am 20. Dezember 1867 abgehaltenen Gantliquidation meldeten die Gebrüder Sulzbach eine Forderung von 125,482 fl. an, indem sie sich auf sieben, zusammen die Summe von 124,000 fl. umfassende, acceptirte Wechsel beriefen, und als Entstehungsgrund der Forderung Darleben, welche in Folge eröffneten Credits gegeben worden seien, Zinsansprüche, Mietzinsforderungen und „vertragsmäßige Vergütungen" bezeichneten und bemerkten, daß der oben besprochene Kaufpreis von 78,000 fl., falls das Kaufgeschäft rechtskräftig aufrecht erhalten werde, an den angemeldeten 124,000 fl. abgehe.

Die Gemeinschuldner erklärten, der Kaufabschluß sei richtig, der Kaufpreis sei theils durch Compensation mit bereits vorhandenen Forderungen, theils baar bezahlt worden, baar hätten sie in sieben Zahlungen 80,000 fl. erhalten, eine von ihnen den Gebrüdern Sulzbach zugesagte Gewinndividende hätten diese auf 44,000 fl. berechnet; als ihnen von den Gebrüder Sulzbach am 16. und 17. April 1867 die letzten 20,000 fl. von besagten 80,000 fl. ausbezahlt worden seien, hätten dieselben Sicherheit verlangt und seien ihnen in Folge dieses Verlangens die fraglichen Fahrnisse verkauft, auch zu ihren Gunsten die Wechsel im Betrag von 124,000 fl. acceptirt worden, der Verkauf sei unter dem Gedinge geschehen, daß den Verkäufern der Rückkauf freistehe. Der Gantanwalt anerkannte die liquidirte Forderung der Gebrüder Sulzbach bis zu einem Betrag von 80,000 fl. an.

Nachdem das Gantgericht, davon ausgehend, daß der Kaufvertrag ein Scheingeschäft, der damit beabsichtigte Pfandvertrag aber den L.R.S.S. 2074. 2076

Digitized by Google

zufolge ungiltig sei, unter dem 30. Oktober 1867 das Begehren der Gebrüder Sulzbach auf Zuscheidung der Fahrnisse zurückgewiesen hatte, erklärte es unter dem 21. Dezember 1867 die Gant als Handelsgant und setzte als Tag des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens den 17. April 1867 fest, womit selbstverständlich der fragliche Kauf unwirksam geworden wäre. Der großh. Appellationssenat zu Karlsruhe und das großh. Oberhofgericht sprachen jedoch (unter dem 19. Februar beziehungsweise 16. Juni 1868 aus, daß die Gant als gemeine (nicht als Handels-) Gant und das Zahlungsunvermögen als erst mit der Verkündung des Ganterkenntnisses an die Gantschuldner — ausgebrochen zu erklären sei. Nun erkannten über das Gesuch um Zuscheidung der angeblich verkauften Fahrnisse der gedachte großh. Appellationssenat unter dem 8. Juli 1868 abweislich, das großh. Oberhofgericht aber unter dem 18. Februar 1869 abändernd dahin, „daß die im §. 8 des Vertrags vom 17. April 1867 bemerkten Fahrnisse im angegebenen Werthe von 78,000 fl., beziehungsweise deren Erlös sammt Zinsen von der Gantmasse auszuscheiden und den Gebrüdern Sulzbach auszufolgen seien." Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen, nachdem sie des Streitgegenstandes und der Art der Entscheidung des Streites in den vordern Rechtszügen kurz gedacht, Folgendes:

Hiegegen beschweren sich die Gebrüder Sulzbach im Wege der Oberberufung und ihre Beschwerde stellt sich auch als begründet dar.[1])

Zum Nachweise des mehrerwähnten Kaufvertrags wurde klägerischer Seits eine Urkunde vom 17. April 1867 in beglaubigter Abschrift vorgelegt. Der Gantanwalt gab zu, daß die Abschrift mit der Urschrift übereinstimme, daß die Urkunde am gedachten Tage errichtet worden, und daß sie von beiden Gemeinschuldnern unterzeichnet sei. Sie entspricht auch im Uebrigen den Erfordernissen einer Privaturkunde über doppelseitige Zusagen und beweiset sonach den Inhalt des dadurch beurkundeten Vertrags vollkommen. L.R.S.S. 1322. 1325.

Letztrer stellt sich aber diesem seinem Inhalte nach als ein Verkauf dar. V. Binzer und Elert verbanden sich darnach, die oben bezeichneten Fahrnisse den Gebrüdern Sulzbach zu eigen zu übergeben, die letzteren, eine bestimmte Geldsumme dafür zu bezahlen. L.R.S. 1582. 1583. 1591. Mit Unrecht wurde das Dasein eines rechtsgiltigen Verkaufes Seitens der Gantmasse bestritten. Wenn nämlich darin, daß die Gebrüder Sulzbach in der Gant eine Forderung von 125,482 fl. für, den Gemeinschuldnern geleistete Vorschüsse und zugesicherten Antheil am Geschäftsgewinne derselben, ferner für Darlehens- und Miethzinsen angemeldet hätten, wovon übrigens Seitens der Gantmasse nur 80,000 fl. als wirkliche Schuld anerkannt worden seien, — daß die Vorschüsse vor dem angeblichen Verkaufe geleistet worden, ja selbst die am Tage dieses Verkaufes, dem 17. April 1867, bezahlten 10,000 fl. keineswegs als Kaufpreis, sondern als für das Bauunternehmen der Gemeinschuldner hingegebener Vorschuß betrachtet worden seien, — daß die Gemeinschuldner noch am 16. April 1867 für obige Gesammtsumme bis zu 124,000 fl. auf sie gezogene Wechsel der Gebrüder Sulzbach angenommen hätten, ohne daß, im Hinblicke auf den Verkauf, auch nur einer derselben für bezahlt erachtet worden wäre, — daß schon am 17. April 1867 die Gemeinschuldner in derselben Weise, wie bei der Ganteröffnung, überschuldet gewesen seien, während damals den Gebrüdern Sulzbach ein Vorzugsrecht in keiner Weise zugestanden habe, — daß die angeblich verkauften Fahrnisse den Gemeinschuldnern zur Fortführung ihrer Bauunternehmungen und damit ihres Lebensberufes durchaus unentbehrlich gewesen seien, wie sich schon daraus, daß die Gemeinschuldner unter der Form der Miethe im Besitze der Fahrnisse geblieben seien, ergebe, während diese andrerseits für die Kläger völlig unbrauchbar gewesen seien, — daß bei der Anmeldung jener 125,482 fl. 12 kr. in der Gant neben Miethzinsen für den Gebrauch der Fahrnisse noch Zinsen von sämmtlichen Vorschüssen gefordet worden seien, — Seitens der Gantgläubiger (L.R.S. 1166) Gründe für die Annahme gefunden werden wollen, daß die Vertragstheile in Wirklichkeit nur einen Vertrag, wodurch den Gebrüdern Sulzbach, gleichwie durch einen Faustpfandvertrag, ein Vorzug vor den übrigen Gläubigern und damit theilweise Sicherheit für ihre sonst gefährdete Forderung geschaffen werden sollte, beabsichtigt hätten, und wenn hieraus weiter abgeleitet werden will, daß ein Verkauf in

[1]) Die in dem Folgenden dargelegten Rechtsanschauungen weichen zum Theile von den, in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern XIII. S. 37 und ff. aufgestellten Ansichten, von denen, wir es scheint, die vordern Rechtszüge ausgingen, ab. D. E.

Digitized by Google

Wahrheit nicht stattgehabt habe; so kommt hiegegen Folgendes in Betracht.

Das Wesen des Verkaufes ruht in der Uebernahme der vorhin auf den Grund der einschlägigen Gesetzesstellen bezeichneten Verbindlichkeiten und wird demgemäß durch den Beweggrund, der den einen oder andern Vertragstheil zur Geschäftseingehung veranlaßt, durch die Absicht, welche die Vertragstheile dabei verfolgen, durch den Zweck, den sie damit zu erreichen suchen, in keiner Weise beeinträchtigt. Es entbehrt daher auch der Verkauf, der seine Entstehung der Absicht der Vertragstheile verdankt, dem Käufer durch das an ihn übergehende Eigenthum der Verkaufsgegenstände Sicherheit (Deckung) für eine Forderung zu verschaffen, die nun ganz oder theilweise zum Kaufpreise wird, an und für sich des rechtlichen Bestandes nicht, und liegt keine rechtliche Nothwendigkeit vor, die Sicherheit, welche einem Gläubiger gewährt werden soll, ausschließlich im Wege der Pfandverträge, welche, wie der vorliegende Fall zeigt, nicht immer dem wirklichen Bedürfnisse Genüge leisten, zu geben.

Vergl. Seuffert, Archiv VII. No. 282, XIX. No. 122.

Auch ist es (wie namentlich in der französischen Rechtsübung anerkannt wird) gestattet, Verträge, welche ihrem Zwecke nach in mehr, als eine, den Gesetzen nach zulässige, Form und Art der Rechtsgeschäfte eingekleidet werden können, in die eine oder in die andere dieser Formen und Arten einzukleiden und ist ein jedes Rechtsgeschäft nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche von der für dasselbe gewählten Form und Art gelten.

Zachariä, fr. C.R. I. §. 35.

Dalloz, Répert. t. 33 m. Oblig. nro. 1020 u. ff.

Troplong, du gage nro. 204. 307.

Mithin würde im vorliegenden Falle, wenn man den bezweckten Sicherungsvertrag in einen Kaufvertrag eingekleidet hätte, das Geschäft nach den Regeln des letzteren zu beurtheilen, mithin offenbar für rechtsbeständig zu erachten sein.

Die Bestimmung des L.R.S. 1131, daß eine Uebereinkunft, welche auf einer unrichtigen Vertragsursache beruhe, keine Rechtswirkung hervorbringe, verstößt keineswegs gegen die so eben dargelegte Anschauung von der rechtlichen Möglichkeit der Einkleidung eines Vertrages in die Form und Art eines anderen, indem jene Bestimmung der unangefochtenen Ansicht der Rechtswissenschaft und Rechtsübung zufolge, nur auf Fälle zu beziehen ist, in welchen eine unrichtige Vertragsursache angegeben, in Wirklichkeit aber keine Vertragsursache vorhanden ist.

Dalloz, a. a. O. No. 539 und ff.

Demolombe, Cours t. 24 No. 369 und ff.

Der in Frage stehende Kaufvertrag, welcher dem Bisherigen zufolge unter den Vertragstheilen, somit ebenso für die Gantgläubiger, soweit sie lediglich an der Stelle der Gemeinschuldner auftreten (L.R.S. 1166), als bindend erscheint, kann nun aber auch nicht von jenen Gläubigern in deren eigenen Namen als zum Abbruche ihrer Rechte unternommen (L.R.S. 1167) angefochten werden.

Wenn zur Begründung einer solchen Anfechtung geltend gemacht wird, daß die Gemeinschuldner zur Zeit des Verkaufes bereits bedeutend überschuldet gewesen seien, daß sie sowohl, als die Gebrüder Sulzbach, damals von solcher Ueberschuldung volle Kenntniß gehabt hätten, und daß bei solcher Sachlage das Kaufgeschäft, wie auch dessen mittelst Privaturkunde ohne Wissen der übrigen Gläubiger geschehener Abschluß zeige, nur eingegangen worden sei, um den vorrechtlosen Käufern die fraglichen Fahrnisse zuzuwenden, dadurch aber die an und für sich mit ihnen gleichberechtigten (L.R.S. 2093, Pr.O. §. 967) übrigen Gläubiger von dem Zugriffe auf diesen sehr erheblichen Theil des Vermögens der Gemeinschuldner auszuschließen; so fällt diesen Behauptungen gegenüber in's Gewicht, daß anerkanntermaaßen Gebrüder Sulzbach vor dem Verkaufe bereits 60,000 fl. vorgeschossen hatten, um die Zeit des Verkaufes von den Gemeinschuldnern um weitere 20,000 fl. angegangen waren, diese letztere Summe aber nur gegen Abschluß des Verkaufes hingaben. Bei solcher Sachlage kann nun, soweit die gedachten 20,000 fl. als Kaufpreis erscheinen, eine Umstoßung des Verkaufs schon um deßwillen nicht Platz greifen, weil ein Geschäft nur dann als zum Abbruche der Gläubiger geschehen angefochten werden kann, wenn es eine Einbuße an dem, den betreffenden Gläubigern verhafteten, Vermögen zur Folge hat, weil aber, wenn vermittelst desselben Geschäftes, durch welches Gegenstände jenes Vermögens aus demselben entfernt werden, ein Gegenwerth in dasselbe eintritt, von einer Einbuße nicht die Rede sein kann, welche Anschauung eine besondere Bestätigung im §. 722 der Pr.O. [2]) findet.

[2]) Die diesem §. zu entnehmende Bestätigung des Obigen beruht darin, daß derselbe selbst in den letzten 10 Tagen vor der Ganter-

Digitized by Google

Aber noch andere, der oben dargestellten Sachlage zu entnehmende Erwägungen, welche auch bezüglich der weiter als Kaufpreis erscheinenden 58,000 fl. entscheidend werden, lassen den Antrag auf Umstoßung des Verkaufes als unbegründet erscheinen.

Eine Anfechtung von belasteten Rechtsgeschäften des Schuldners durch die Gläubiger im Sinne des L.R.S. 1167 [4]) kann mit Erfolg nur dann stattfinden, wenn nicht allein die Gläubiger durch das betreffende Geschäft verkürzt werden, sondern auch sowohl der Schuldner als Derjenige, welcher das Geschäft mit ihm vornimmt, in der gefährdevollen Absicht handeln, dadurch jene Verkürzung der Gläubiger zu bewirken. „Das Unternommene muß — wie Brauer, Erläuterungen III. S. 111 im Anschlusse an die Worte des L.R.S. 1167 sich ausdrückt — den Rechten der Gläubiger Abbruch thun (adsit effectus fraudandi) und muß zu diesem Abbruche unternommen werden (adsit affectus fraudandi)." Diese Rechtsanschauungen ruhen auf dem L.R.S. 1167, den L.R.A.S.S. 211. 212. 214, den §§. 723. 724. 726 der Pr.O., sowie auf den Satzungen des römischen Rechtes, welches anerkanntermaaßen in dieser Lehre dem französischen und badischen Rechte zum Vorbilde diente. Dem Dasein einer gefährdevollen Absicht, wie sie hiernach die Gesetze verlangen, treten nun entscheidend die oben schon in anderer Beziehung hervorgehobenen Umstände entgegen, daß die Gebrüder Sulzbach zur Zeit des Verkaufes eine rechtmäßige Forderung von 60,000 fl. an die Gemeinschuldner zu machen hatten, und daß der Verkauf im Hinblicke auf die Hingabe von weiteren 20,000 fl. Seitens Erstrer an Letztre eingegangen wurde. Darnach ist nämlich klar, daß der Anlaß zu dem nun angefochtenen Geschäfte in dem Wunsche lag, den Gebrüdern Sulzbach in dem Augenblicke, in welchem sie die bedeutende Summe von 20,000 fl. an die Gemeinschuldner auszahlten, eine Deckung nicht nur für diese Summe, sondern auch für ihre weitere Forderung von 60,000 fl. zu verschaffen. Bei dieser Sachlage darf aber wohl der Unterstellung Raum gegeben werden, daß man zunächst nur in Aussicht nahm, den Gebrüdern Sulzbach dafür, daß sie unter mißlichen Umständen weitere 20,000 fl. zur Fortsetzung der bedeutenden, noch Gewinn verheißenden, Unternehmungen bergaben, dadurch aber diese Fortsetzung und damit eine Besserung der Verhältnisse, welche eintretenden Falles allen Gläubigern zu Gute gekommen wäre, ermöglichten, eine gewisse Sicherheit für ihre Gesammtforderung zu gewähren, und kann somit nicht als feststehend angenommen werden, daß man Seitens der Gemeinschuldner und der Gebrüder Sulzbach mit der gefährdevollen Absicht, behufs der Begünstigung dieser die übrigen Gläubiger zu verkürzen, gehandelt habe. Es liegen auch keine Thatsachen vor, welche mit Sicherheit darauf schließen lassen, daß die Vertragstheile beim Kaufabschlusse, mochte auch damals Ueberschuldung vorhanden und den Vertragschließenden bekannt gewesen sein, den gänzlichen Vermögenszerfall als unvermeidlich und unmittelbar bevorstehend erachten mußten. Ueberdies darf nicht übersehen werden, daß da, wo es sich um Sicherung oder Befriedigung rechtmäßiger Ansprüche handelt, eine gefährdevolle Absicht im Sinne des L.R.S. 1167 weit weniger unterstellt werden kann, als da, wo ein unberechtigter Vortheil des Schuldners oder des mit ihm Vertrag Schließenden in Frage steht. Es liegt in der Natur der Sache und entspricht auch Aussprüchen der Gesetze (z. B. L. 6 §. 6. D. quae in fraud. cred. 42. 8; l. 129. D. de R.J. 50. 17, vrgl. Pr.O. §§. 967 — 969) [4]), daß der wachsame Gläubiger

---

öffnung den Erwerb, beziehungsweise Eintrag eines Vorzugs- oder Unterpfandsrechts ausnahmsweise dann gestattet, wenn die Forderung selbst erst innerhalb jener 10 Tage entstand, und mit dem Rechtsgeschäft, durch das sie entstand, auch das Vorzugs- oder Unterpfandsrecht sein Dasein erhielt. D. E.

[3]) Siehe über actio Pauliana überhaupt und Anfechtung einer Zahlung, datio in solutum und Pfandbestellung, insbesondere Thibaut, Pandekten II. §. 688; Mühlenbruch, Pandekten I. §. 174; Puchta, Pandekten §. 380; v. Vangerow, Pandekten III. §. 697; Arndt, Pandekten §. 228; Windscheid, Pandekten II. §. 463; v. Holzschuher, Civilrecht III. S. 1059 und ff.; Franke, Archiv für civ. Pr. XVI. S. 125. 251; Lasgeyres ebendas. XXI. S. 35; Zachariä, fr. Civile. §. 313; Aubry et Rau, cours §. 313; Toullier, droit civil ed. fr. VI. nro. 341 u. ff.; oberhess. Jahrb. X. S. 199 u. ff., XIII. S. 37 u. ff.; die unten angef. in Seuffert's Archiv enthaltenen Rechtssprüche, denen die in eben diesem Archive III. Nr. 250, V. Nr. 95, IX. Nr. 356, XII. Nr. 228, XVIII. Nr. 202, XX. Nr. 98, XXI. Nr. 185. 186 mitgetheilten noch anzureihen sind. D. E.

[4]) Der Commissionsbericht von Nellig über den das Vollstreckungsverfahren betreffenden Titel des Entwurfs der Pr.O. von 1831 sagt zu den §§. 1078. 1079, jetzt 968. 969 zur Rechtfertigung des in §. 968 zwischen den Fällen Ziff. 1 und Ziff. 2 des §. 967 gemachten Unterscheidung: „Ganz anders aber verhält es sich mit solchen Ansprüchen, die keinen Vorzug, kein ausschließendes Recht auf den Gegenstand der Vollstreckung genießen. Hier dürfen dem wachsamen Gläubiger die durch die Vollstreckung einmal erwirkten Vor-

nicht schon darum allein als gefährdevoll gelten kann, weil er in Folge seiner Wachsamkeit vor anderen Gläubigern Zahlung erlangte, und bedarf es auch, insoferne die Anfechtung einer Hingabe an Zahlungsstatt in Frage steht, als welche der betreffende Kauf für den Fall des Nichteintretens eines Wiederverkaufes sich darstellt, besonderer, hier nicht geltend gemachter Umstände, um eine zur Umstoßung hinreichende Gefährde zu begründen.

Vergl. Seuffert, Archiv I. No. 392. II. No. 352. III. No. 249. IV. No. 274. VI. No. 124. 125. 305. VII. No 268. IX. No. 356. Seuffert, Bl. für Rechtsanwendung Bd. XIV. S. 29. *)

Archiv für civilistische Praxis XVI. S. 262. 264.

Darin, daß die Gebrüder Sulzbach kurz vor dem Kaufe auf die Gemeinschuldner, von diesen sofort angenommene, Wechsel für eine Summe (124.000 fl.) zogen, in welcher der Betrag, für den sie durch den Kauf als gedeckt erscheinen, inbegriffen war, kann ein besonderer Grund für Annahme einer Gefährde nicht gefunden werden, da sich jenes Verfahren durch das keineswegs an und für sich unrechtmäßige Streben nach thunlichster Sicherheit erklärt und auch sofort bei Anmeldung der Gesammtforderung in der Gant für den Fall, daß der Kauf als rechtsbeständig erachtet würde, der Abzug des dadurch gedeckten Betrags an der angemeldeten Summe in Aussicht gestellt wurde.

Im Bisherigen ist dargethan, daß die gegen die Rechtsbeständigkeit des Verkaufes vorgebrachten Gründe dessen Umstoßung nicht zu bewirken vermögen. Ist aber der Verkauf aufrecht zu erhalten, so müssen die dadurch in das Eigenthum der Kläger übergangenen Gegenstände und, nachdem dieselben, wie beiderseits vorgetragen ist, unter Zustimmung beider Theile weiter veräußert worden sind, nunmehr die Erlöse daraus den §§. 730. 770—772 der Pr.O. zufolge sofort den Klägern zugeschieden werden.

Aus diesen Gründen, sowie nach Pr.O. §. 170 wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Roßhirt.

---

theile nicht eben leicht entwunden werden; die vorrechtlosen Gläubiger, erst durch die Betreibung der Vollstreckung geweckt oder aufmerksam gemacht, können daher auch nur beschränktere Ansprüche auf die Gegenstände der Vollstreckung geltend machen, und diese müssen alsdann schon erlöschen, wo die Vollstreckung auch ohne die an den betreibenden Gläubiger erfolgte Zahlung als beendigt angenommen wird; denn im andern Falle, wollte man sie nämlich den bevorzugten oben erwähnten Gläubigern gleichstellen, wozu kein gesetzlicher Grund vorhanden ist, müßte man gegen den betreibenden Gläubiger wahrhaft ungerecht sein, und den Grundsatz: quod jura vigilantibus sint scripta offenbar verletzen." Aehnlich äußert sich v. Weiler in den Motiven S. 94. 95.

D. E.

*) Nach Seuffert I. No. 392 sprach das Obercappellationsgericht zu Wiesbaden aus, das Bewußtsein der Gantmäßigkeit reiche zum dolus (im Sinne der actio Pauliana) nicht aus, in dem Begehren einer Sicherheit liege keine betrügerische Absicht, in dem Gewähren der Sicherheit keine widerrechtliche Begünstigung; nach II. 352 das Oberappellationsgericht zu Dresden, eine Anfechtung finde nur bei einer Gratification, das heiße, soferne die Schuld nicht fällig gewesen oder soferne Andere gleiche Sicherung verlangt gehabt, statt; nach III. 249 das Oberappellationsgericht zu Oldenburg, wer, nur um sich zu retten, um seinen Credit aufrecht zu halten, Pfand gebe, sei der a. Paul. nicht unterworfen, Benachtheiligung anderer Gläubiger sei nicht sein nächster Zweck; nach IV. 274, VI. 124 das Oberappellationsgericht zu Lübeck und das zu Celle, Pfandbestellung sei kein Liberalitätsakt; nach IX. 356 letztres Oberappellationsgericht, das Bewußtsein der Verkürzung der übrigen Gläubiger genüge, aber es lasse sich aus dem Bekanntsein der Insolvenz nicht schließen, weil denkbarer Weise der Insolvenz unerachtet die Pfandbestellung als unschädlich erscheinen konnte. Nach VII. 268 hob das Oberappellationsgericht zu Lübeck hervor, daß bei der Ausdrucksweise der römischen Stellen, wonach stets fraus gefordert werde, offenbar mehr nöthig sei, als beiderseitige Kenntniß der Insolvenz (nämlich Arglist, Absicht, die übrigen Gläubiger zu benachtheiligen). Nach den Bl. für Rechtsanwendung a. a. O. sprach das Oberappellationsgericht zu München aus: „Wird einem Gläubiger von seinem bereits an der Gant stehenden Schuldner für eine bisher schon bestehende Foederung (vetus creditum, vergl. l. 10 §. 13 D. quae in fr. cred.) ein Pfand bestellt, so muß man unterscheiden, ob dies auf rechtlich erlaubtes Andringen des Gläubigers (sei es nun im Wege der gerichtlichen Klage oder durch außergerichtliches Andringen auf Zahlung), oder ob es vom Schuldner zur Begünstigung des Gläubigers geschieht; hat der Gläubiger — sei es auch im Bewußtsein der schlechten Vermögensumstände des Schuldners — auf Zahlung gedrungen, oder mit Kündigung des Kapitals oder mit Klage gedroht, so kann von dem paulianischen Rechtsmittel die Rede nicht sein. Der Schuldner, welcher das Pfand bestellt, um den andringenden Gläubiger zu beschwichtigen, handelt nicht betrügerisch zur Begünstigung dieses Gläubigers auf Kosten und Gefahr anderer Gläubiger; er handelt lediglich, um einer Zahlungsverlegenheit zu entgehen, die vielleicht seinen Ruin beschleunigt." Die bei Seuffert, Archiv VI. 125. 305 mitgetheilten Sprüche des Oberappellationsgerichts zu Jena und Lübeck gehen davon aus, daß die datio in solutum hinsichtlich der Anfechtbarkeit auf demselben Standpunkt stehe, wie die Zahlung selbst, während die in Note 2 angef. gemeinrechtlichen Schriftsteller und die dort citirten Rechtssprüche die datio in sol. als „neues Geschäft" (Kauf l. 4 C. de evict 8. 45 Dat.

Digitized by Google

64.

Folgt aus dem Vertheilsrecht der Kinder am elterlichen Hofgut ein Veräußerungsverbot für den Inhaber des Hofguts?

In Sachen
des Georg Gehr und Christian Gehr von Oberglotterthal, Kläger, beziehungsweise Nebenintervenienten, Appellanten, Oberappellaten,

gegen
die erstehelichen Kinder des Joseph Gehr von Oberglotterthal als:
1) Joseph Gehr von Suggenthal,
2) Barbara Gehr, Ehefrau des Johann Strecker von Oberglotterthal, und
3) Maria Anna Gehr, Ehefrau des Mathäus Muckle von da, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Eintrag eines Kaufs, bzw. Berichtigung des Eintrags durch Strich einer beigefügten Urkunde betr.,

besagen die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. März 1869:

Durch den Verkauf des Hofguts von Seiten des überlebenden Elterntheils ist das den Kindern erster Ehe im Ehevertrag vom 19. Juni 1821 vorbehaltene Vortheilsrecht gegenstandlos geworden. Es konnte nämlich nur dereinst bei der väterlichen Theilung ausgeübt werden, wenn das Hofgut dann noch einen Bestandtheil des väterlichen Vermögens gebildet hätte. L.R.S. 827 c.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Pr.R. §. 497. IV. Bd. II. S. 631.

Gerber, deutsches Privatrecht §. 253 S. 575.

Die Wirkung aber hat das Vortheilsrecht nicht, daß der Vater über das Hofgut nicht hätte unter Lebenden durch Veräußerung desselben verfügen können.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts §. 187. II. S. 774.

Bluntschli, deutsches Pr.R. §. 206. 3 S. 581.

Red.

65.

1) Ein Offizier, der ohne Beobachtung der Art. 2 bis 5 des Militärdienereedicts entlassen wurde, sich aber diese Entlassung gefallen ließ, kann nicht später auf Zahlung eines Ruhegehaltes klagen.
2) In der thatsächlichen Aufgebung des Dienstverhältnisses mit der erklärten Absicht, aus dem Militärverbande auszuscheiden, liegt ein Verzicht auf jeden Ruhegehaltsanspruch.

Gesetz vom 31. Dezember 1831 über die rechtlichen Verhältnisse der Militärstaatsdiener.

Hauptmann a. D. von H. erhob unter der Behauptung, daß er nach einer Dienstzeit vom 1. Oktober 1846 an und nach seiner am 9. Juni 1860 erfolgten Beförderung zum Hauptmann, am 15. April 1861 laut einer im Regierungsblatte vom 18. April veröffentlichten allerhöchsten Ordre aus dem großh. Armeecorps entlassen worden sei, Klage gegen den Fiscus auf Zahlung des gesetzlichen Ruhegehaltes mit jährlich 657 fl. 57 kr. seit 15. April 1861. Diese Klage vom 26. Mai 1867 wurde aber durch Urtheil der Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 14. September 1867 aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Gegenüber der Vernehmlassung und den Einreden des beklagten Theils hat Kläger eingeräumt, daß er in einem Schreiben an den Flügeladjutanten von Holzing vom 13. April um seinen Abschied und die Erlaubniß in fremde Kriegsdienste treten zu dürfen, gebeten und sich gleichzeitig ohne Erlaubniß seiner Vorgesetzten in das Ausland begeben habe. Unzweifelhaft hätte er nun keinen Anspruch auf Ruhegehalt gehabt, wenn er gemäß seinem Ansuchen entlassen worden wäre; denn nach Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 31. Dezember 1831 über die rechtlichen Verhältnisse der Militärstaatsdiener hat auf Zuruhesetzung mit dem festgesetzten Ruhegehalt der Diener, welcher seine Entlassung nachsucht, nur dann Anspruch, wenn er wegen Altersschwäche oder unverschuldeter körperlicher Gebrechen unfähig ist, weiter zu dienen. Allerdings erhielt v. H. nicht den nachgesuchten Abschied, sondern er wurde durch die allerhöchste Ordre vom 15. April ohne Weiteres aus dem Armeekorps entlassen, ohne daß die Vorschriften des Art. 2 ff. des angeführten Gesetzes eingehalten wurden, obgleich Kläger schon im Jahr

---

in s. „vices venditionis obtinet) auffassen und es in gleicher Weise wie ein anderes belastetes Rechtsgeschäft der actio Pauliana unterwerfen. Ueber Anfechtung einer Pfandbestellung mittelst der a. Paul. s. l. 2. l. 6. §. 6. l. 10. §. 13. l. 22. D. quae in fraud cred 42 8. D. G.

Digitized by Google

1853 für unwiderruflich angestellt (Art. 1) erklärt worden war. Allein Kläger kann die Nichteinhaltung jener gesetzlichen Vorschriften nicht mehr zu seinen Gunsten geltend machen, nachdem er s. Z. sich bei dieser Art der Entlassung nicht nur beruhigt, sondern sie völlig anerkannt hat. Es ist hier, da Kläger eine bestimmte Antwort auf die fiscalischen Behauptungen nicht gab, nicht zu erörtern, welcher Verstöße gegen die Standesehre v. H. sich in den Tagen des 12. bis 14. April schuldig machte; es wäre auch nicht Sache der bürgerlichen Gerichte, den damals versäumten ehrengerichtlichen Spruch jetzt nachzuholen. Kläger selbst muß indessen damals den vollen Umfang seines Verschuldens und die Verwirkung seiner Stellung als Folge seiner Handlungen eingesehen haben, da er die Entlassung, obgleich sie in anderer, als der von ihm mit Kündigung des Dienstverhältnisses erbetenen Form erfolgte, ruhig hinnahm, keinen Versuch zu seiner Rechtfertigung machte, vielmehr mit Eingabe vom 6. Juni 1867 das großh. Kriegsministerium zum Zwecke des Eintritts in die Dienste der amerikanischen Union um ein ihm am 10. Juni 1861 verabfolgtes Zeugniß bat, daß er 13 Jahre Offizier in badischen Diensten war. Ob er dann wirklich, wie beklagterseits behauptet wird, in fremde Dienste trat oder nicht, ist unerheblich. Es konnte ihm keinesfalls unbekannt geblieben sein, welch schwere Vorwürfe gegen ihn nach seiner Entfernung von Karlsruhe vor dem ganzen Lande laut wurden, er mußte wissen, daß diesen Vorwürfen seine Entlassung zuzuschreiben war, und zwar Vorwürfen, welche, wenn in der That begründet, seine sofortige Entfernung aus dem Dienste auch bei Einhaltung des in Art. 5 Abs. 4 vorgeschriebenen Verfahrens zweifellos zur Folge gehabt hätten. Fühlte er sich schuldlos, so war es seine Sache, seinem Kriegsherrn und seinen Standesgenossen gegenüber alsbald seine Rechtfertigung zu versuchen. Indem er keinen Schritt in dieser Richtung that, vielmehr nur jenes Zeugniß sich erbat, hat er ein eigenes Verschulden schwerster, unheilbarer Art (Art. 2 Ziff. 2) stillschweigend zugestanden und es kömmt ihm nicht mehr zu, jetzt mit Ignorirung seiner eigenen Bitte um Verabschiedung und jener scandalösen Vorfälle die Unterlassung der gesetzlichen Förmlichkeiten sich zu Nutzen zu machen und einen Ruhegehalt aus dem Grunde zu verlangen, weil er aus Gründen der Schonung und zur Vermeidung weiteren Aergernisses damals nicht ausdrücklich für unwürdig erklärt wurde, ferner im großh. Armeekorps Dienste zu thun, sondern einfach die Entlassung erhielt, um welche er in anderer Form gebeten hatte.

Vergl. Annalen XVII. S. 514.

Dieses Urtheil wurde am 10. Februar 1868 in zweiter Instanz bestätigt. Aus den Entscheidungsgründen heben wir hervor:

„„Wäre dem Gesuche des Klägers der Form nach entsprochen worden, so hätte er zufolge Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 31. Dezember 1831 einen Anspruch auf Ruhegehalt nicht gehabt, weil die hier geforderten Voraussetzungen nicht vorlagen; allein der Umstand, daß seine Entlassung in anderer, als der von ihm gewünschten Form erfolgte, kann hieran nichts ändern, weil dieselbe blos eine Folge der eigenen Handlungen des Klägers war und durch dieselbe nur constatirt wurde, was der Kläger schon durch das Verlassen seines Dienstpostens thatsächlich zu erkennen gegeben hatte, daß er nämlich aufgehört habe, dem großh. Armeekorps anzugehören. Ob in der Handlungsweise des Klägers das Vergehen der Desertion zu finden sei, kann zwar nicht Gegenstand der Erörterung des Civilrichters sein und bleibt demselben daher, so lange der zuständige Richter nicht darüber erkannt hat, die Entscheidung der Frage fremd, ob der Kläger wegen Desertion einen Anspruch auf Ruhegehalt verwirkt habe; allein das civilrechtliche durch den Dienstvertrag zwischen dem Kläger und dem Staate begründete Verhältniß bringt es mit sich, daß die Handlungen des Klägers jedenfalls insoweit, als durch sie jenes Verhältniß berührt worden, in den Bereich der Beurtheilung des Civilrichters zu ziehen sind, und auf diesem Wege gelangt man zu dem Ergebnisse, daß der Kläger, welcher mit der erklärten Absicht, aus dem Militärverbande auszuscheiden, sein Dienstverhältniß thatsächlich aufgegeben hat, damit gleichzeitig auch auf jeden Anspruch auf einen Ruhegehalt verzichtete."

Heinsheimer.

66.

Zu §. 15 Abs. 2 der Gerichtsverfassung.

Die Beilage I. Ziff. 3 zur Gerichtsverfassung unterwirft nur diejenigen Körperverletzungen im Affekt und die bei Raufhändeln ohne Vorbedacht verübten Körperverletzungen der Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte, bei

Digitized by Google

welchen die dadurch verursachte Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht über 14 Tage gedauert hat.

Hiermit ist jede weitere Qualification der Verletzung ausgeschlossen, also namentlich auch jene, wo die Verletzung einen bleibenden Schaden im Sinne des §. 232. 3, resp. 225. 5 des Str.G.B. zur Folge hatte, z. B. eine Beschränkung im Gebrauche eines Gliedes oder eine weniger auffallende Verunstaltung §. 225. 5, wenn gleich eine solche Verletzung keine, 14 Tage übersteigende Krankheit, oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte.

Entscheidungsgründe zum Erkenntniß des großh. Oberhofgerichts vom 20. März 1869, No. 628, J. A.S. gegen Stubenvoll, wegen Körperverletzung. Red.

67.

Ist die Unterschlagung von Posteinzahlungen, verübt von einem Postbeamten, als Rechnersuntreue strafbar?

Florian Trautmann von Ettlingen, unter die Zahl der Post- und Eisenbahngehilfen aufgenommen und dem großh. Post- und Eisenbahnamt Bruchsal zugetheilt, wurde zum Schalterdienste bei der Briefpost verwendet, war also in dieser Eigenschaft öffentlicher Rechner. Im Januar d. J. kam er wegen verschiedenen Unterschlagungen, deren er sich bei Ausübung seines Dienstes schuldig gemacht hat, in gerichtliche Untersuchung, einer der Anklagepunkte betraf die Unterschlagung von 105 fl., welche Trautmann auf drei Posteinzahlungen eingenommen und in eigenen Nutzen verwendet hat.

Zur Zeit der Abfassung unseres Strafgesetzbuches war bekanntermaaßen die Einrichtung der Posteinzahlungen noch nicht ins Leben getreten; die großh. Raths- und Anklagekammer gab nun bei Erlassung des Verweisungserkenntnisses dem §. 701 des Strafgesetzbuches analoge Anwendung, es sollen nämlich die Einzahlungskarten andere Gegenstände sein, welche Geldwerth haben; demzufolge wurde Trautmann bezüglich der erwähnten 105 fl. nicht wegen Rechnersuntreue, sondern wegen Unterschlagung vor die Strafkammer verwiesen.

Diese Entscheidung scheint mir den thatsächlichen Verhältnissen, welche den Posteinzahlungen zu Grunde liegen, nicht zu entsprechen. Der Postbeamte hat nach der Instruktion über Postanweisungen die Einzahlung zu journalisiren, die Empfangsbescheinigung auszustellen und den Carton mit der Briefpost abzusenden; das eingenommene Geld ist beim Abschluß der Schalterkasse in Einnahme zu verrechnen, und die eingelösten Karten bilden Ausgabsbelege. Wenn also der Postbeamte Gelder, die einbezahlt werden, unterschlägt, so eignet er sich einen Gegenstand seiner Verrechnung an, und liegt der Thatbestand der Rechnersuntreue vor. §. 687 des Str.G.B. Man kann sich gegnerischerseits nicht darauf berufen, daß die einbezahlten Gelder überhaupt nicht in die Postkasse kommen und also auch nicht verrechnet werden können; denn die Pflicht des Beamten, die Gelder zu verrechnen, wird mit dem Augenblick der Einzahlung existent; es ist ein rein zufälliger Umstand, ob er die Geldstücke sofort in die Tasche steckt, oder ob er sie zunächst in die Kasse legt und sich solche in einem späteren Zeitpunkt aneignet. Der Carton, worauf die Anweisung steht, wird allerdings auch unterschlagen, allein nur als Mittel zum Zweck, um nämlich die sofortige Entdeckung zu vereiteln; die wesentliche Handlung ist die Aneignung des einbezahlten Geldes. Wenn etwa behauptet werden will, daß der Thatbestand der Rechnersuntreue deßhalb nicht vorliegt, weil nicht der Rechnungsherr, die großh. Postkasse, der beschädigte Theil ist, so erscheint dieser Umstand unerheblich und unrichtig; unerheblich, weil das Gesetz den untreuen Rechner auch dann mit Dienstentlassung bestraft, wenn die Kasse befriedigt wird, also überhaupt ein Schaden nicht eintritt, vergleiche §. 692 des Str.G.B.; unrichtig, weil der Einzahler, dessen Geld nicht an den Adressaten kommt, sofort die Postkasse in Anspruch nehmen kann, und letzterer der Rückgriff gegen den untreuen Beamten überlassen bleibt.

In vorliegendem Falle hat die Strafkammer den Florian Trautmann bezüglich der Einzahlungen wegen Rechnersuntreue verurtheilt, wobei übrigens auch die gegentheilige Ansicht ihre Vertreter fand.

v. Blittersdorf.

68.

Die Aneignung eines als Ueberführungsstück in gerichtliche Verwahrung genommenen Gegenstandes durch den Verdächtigen ist kein Diebstahl.

Bei Mathias Stark von Zunsweier wurde wegen Verdachts eines Forstfrevels eine Haussuchung vorgenommen, es wurden hiebei Theile einer Eiche aufgefunden.

Digitized by Google

welche, da die Schnittfläche auf eine im Gemeindewald Zunsweier gefrevelte Eiche paßte, als Bestandtheil dieser erschienen. Stark wurde deßhalb wegen Forstfrevels in Untersuchung gezogen, das bei ihm gefundene Holz mit Beschlag belegt, in gerichtliche Verwahrung genommen und auf dem Rathhause deponirt. Stark beabredete die Verübung des Frevels und behauptete den redlichen Erwerb des bei ihm gefundenen Holzes, indem dasselbe von einer kurz vor der Haussuchung von ihm gekauften Eiche herrühre. Im Laufe der Untersuchung wurde das auf dem Rathhause aufbewahrte Holz, wahrscheinlich mittelst Einsteigens, entwendet; alle Umstände wiesen auf Stark, der sich kurz vorher nach dem Aufbewahrungsorte des Holzes in auffälliger Weise erkundigt hatte, als Thäter hin. Die Staatsanwaltschaft sah sich jedoch auf deßfallsige Actenmittheilung nicht veranlaßt, die gerichtliche Verfolgung des Stark wegen Diebstahls zu beantragen indem sie dabei von folgenden Erwägungen ausging:

Die Handlung des Stark enthält die äußeren Merkmale des Diebstahls, es fehlt jedoch die diebische Absicht. Offenbar beabsichtigte bei der Zueignung des Holzes Stark nicht, sich hiedurch einen Gewinn zu verschaffen, sondern er wollte ein Beweismittel für seine Schuld, welches im Besitze eines mit dem entwendeten identischen Objectes gelegen wäre, beseitigen, er wollte eine weitere Vergleichung des abgeschnittenen Stücks mit dem zurückgebliebenen Stamme der Eiche unmöglich machen und dadurch der Untersuchung den Boden entziehen. Daß bei Verwirklichung dieser Absicht, — etwa durch Verbrennen, des Holzes — auch zugleich ein Nutzen erzielt werden konnte, ist unerheblich.

Stark war im Besitze des Holzes; er behauptet, Eigenthümer zu sein; von seinem Standpunkte aus, wonach er die Wegnahme des Holzes als eine unberechtigte ansah, erscheint seine Handlung nur als Selbsthilfe; so lange er nicht wegen Forstfrevels verurtheilt wurde, ist das Gegentheil nicht nachgewiesen, ein Urtheil, welches den Stark des Forstfrevels für schuldig erklärt, kann, zumal es nur formelle Wahrheit schafft, nicht rückwärts die Wirkung haben, daß Stark zur Zeit der That als in bösem Glauben befindlich angesehen wird.

Dr. Cadenbach.

69.

Die Gebührenordnung der Anwälte betreffend

hat das großh. Justizministerium den 8. Mai 1869, No. 4149, verfügt:

Nachdem sich über die Auslegung einzelner Bestimmungen der Verordnung vom 8. Mai 1867, Reggsbl. No. XX., bei den Gerichten Meinungsverschiedenheit ergeben hat, sieht man sich veranlaßt, die diesseits für richtig erachtete Ansicht bezüglich folgender Punkte zur Kenntniß der Gerichtshöfe zu bringen.

1) Da die Bauschgebühr nur die Belohnung für die gerichtlichen Bemühungen bis zur Verkündung des den Rechtszug beendigenden Urtheils enthält (§. 1), die der Urtheilsverkündung nachfolgenden Bemühungen aber, sofern dieselben nicht unter die §§. 4 oder 8 fallen, nach §. 16 einzeln zu vergüten sind (§. 2), so hat der Anwalt, welcher der zur Eidesleistung anberaumten Tagfahrt anwohnt, hiefür eine Einzelgebühr, und zwar — ohne Unterschied, ob der Eid geleistet, von dem Schwurpflichtigen in der Tagfahrt verweigert, auf Ausbleiben für verweigert erklärt, der Gegenpartei zurückgeschoben oder von dieser erlassen wird — die in Ziffer 1 des §. 16 für „mündliche Verhandlungen, Anwohnen bei Prozeßhandlungen, und Vergleichstagfahrten" geordnete Gebühr anzusprechen; bei Berechnung derselben ist als Streitwerth der Betrag der von der Eidesleistung abhängigen Summe zu Grund zu legen. (§. 17 Abs. 3.)
2) Für Liquidation der Prozeßkosten kommt gleichfalls die in §. 16 Ziff. 1 für „Schriftsätze" bestimmte Gebühr in Ansatz, bei deren Berechnung als Streitwerth der Betrag der für die Partei liquidirten Kosten zu Grund zu legen ist.
3) Das gemäß §. 837 der Pr.O. gestellte Gesuch um Vollstreckung eines collegialgerichtlichen Urtheils ist nach Ziff. 2 des §. 16 zu belohnen.
4) Da, wenn der Rechtsstreit beendet wird, ohne daß eine contradictorische mündliche Verhandlung stattgefunden hat, nach §. 11 nur die Hälfte der Bauschgebühr anzusetzen ist, und da sich der Betrag der letztern nicht darnach richtet, ob ein Beweisverfahren gepflogen wurde, oder nicht, so hat der Anwalt bei Vermögensabsonderungsprozessen, die ohne contradictorische

Digitized by Google

mündliche Verhandlung*) erledigt wurden, auch dann, wenn Beweiserhebungen vorgenommen worden sind, nur die Hälfte der Bauschgebühr anzusprechen.

Obkircher.

v. Stockhorn.

70.

Inwieweit kann bei Verträgen die Absicht der Contrahenten in Betracht gezogen werden?

Nach Art. 1156 unseres Landrechts gilt bei Verträgen die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen mehr, als der buchstäbliche Sinn der Worte. Daraus geht zunächst hervor, daß nur die gemeinschaftliche Absicht beider Vertragspersonen, la commune intention des parties contractantes, wie es in dem französischen Text heißt, nicht die Eines Contrahenten in Betracht kömmt, aber auch diese nur soweit, als es sich um die Auslegung einer dunkeln oder zweideutigen Stelle eines Vertrags handelt. Denn Art. 1156 steht unter dem Abschnitt, welcher von der Auslegung der Verträge handelt. Auch nach dem Inhalt des Art. 1156 kann dessen Bestimmung nur als eine Auslegungsregel für einen in bestimmter Wortfassung vorliegenden Vertrag aufgefaßt werden. Denn er setzt den buchstäblichen Sinn der Worte gegenüber der gemeinschaftlichen Absicht, d. h. demjenigen Sinne, welchen die Parteien mit diesen Worten verbunden haben. In Art. 1156 ist demnach nicht überhaupt von der Absicht der Contrahenten die Rede, sondern nur von dem Sinne, in welchem die gebrauchten Ausdrücke verstanden werden müssen. Es kommt sehr häufig vor, daß Personen, welche der Sprache nicht vollständig mächtig sind, ihrem Uebereinkommen einen Ausdruck geben, der dasjenige, was sie sagen wollen, nicht genau wiedergibt; in diesem Fall ist der Sinn der gebrauchten Worte ein anderer, ein nicht gewollter; dagegen ist das gewollte Uebereinkommen durch die Worte nicht ausgedrückt. Nur von diesem Fall handelt Art. 1156 und nur für diesen Fall gilt die Regel, daß der von beiden Contrahenten übereinstimmend gewollte Sinn dem in den Worten liegenden Sinn vorzuziehen sei. Wer etwa noch zweifeln wollte, daß Art. 1156 nur eine Auslegungsregel enthält, kann sich davon durch den Zusatz, welchen er in unserm badischen Gesetzbuch erhalten hat, überzeugen:

„Eine außerhalb der Vertragsurkunde erhobene Absicht kann den Worten des Vertrags nur alsdann entgegen gestellt werden, wenn aus dem Zusammenhang der Urkunde ein Widerspruch oder eine Unerklärlichkeit hervorgeht und eine Auslegungsbedürftigkeit herbeiführt," sagt Art. 1156a. Darnach soll jede Vertragsurkunde zunächst aus sich selbst, aus dem Zusammenhang aller einzelnen Bestimmungen erklärt werden; darüber hinauszugehen, ist nur dann gestattet, wenn irgend ein Widerspruch unter den einzelnen Bestimmungen oder eine sonstige Unklarheit vorhanden ist, welche das Bedürfniß einer Auslegung fühlbar macht. Man ersieht hieraus, mit welch ängstlicher Gewissenhaftigkeit der Gesetzgeber verhüten will, daß nicht Willkür an die Stelle dessen trete, was die Parteien verabredet haben. Es ist eine nur zu häufige Erfahrung, daß diejenige Partei, welche bei der Vollziehung eines abgeschlossenen Vertrags in Nachtheil zu kommen fürchtet, demselben einen andern Sinn unterzuschieben sucht, als er seinem wirklichen Wortlaut nach hat. Das soll nicht gestattet sein; man soll von dem natürlichen gewöhnlichen oder üblichen Sinn der Worte erst dann abgehen dürfen, wenn Unklarheit oder Widerspruch eine Auslegung nothwendig macht.

Nehmen wir das Beispiel, das der römische Jurist Pomponius in l. 6 §. 1 de contrah. empt. (18. 1) aufstellt: Die Contrahenten haben einem Kaufvertrag die Klausel beigefügt, ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret. Wörtlich besagt diese Klausel, daß wenn Käufer auf den bestimmten Tag nicht zahle, der Kauf aufgehoben sei. Dieser wörtliche Sinn führt aber zu einer Ungereimtheit; denn es läge alsdann in dem Belieben des Käufers, den Kauf aufzuheben. Man kann aber nicht annehmen, daß die Parteien einen Vertrag geschlossen haben sollten, durch welchen der Eine Contrahent gar nicht gebunden ist. Es stellt sich daher das Bedürfniß der Auslegung heraus. In dieser Rücksicht sagt dann auch der römische Jurist: Potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est, womit wohl nichts Anderes, als was auch Art. 1156 sagt, ausgedrückt werden soll. Er erklärt den Sinn jener Klausel dahin, daß wenn der Käufer an dem bestimmten

*) Durch ein Versäumungserkenntniß, §. 1058. Vrgl. §. 1042 der Pr.O.

Digitized by Google

Tage nicht zahle, der Verkäufer nicht gebunden, nicht aber der Vertrag überhaupt aufgehoben sein soll. In vollständiger Uebereinstimmung spricht sich Papinianus in der l. 219 de V. S. (50. 16) dahin aus: In conventionibus voluntatem contrahentium potius quam verba spectari placuit. Man soll mehr darauf sehen, was die Contrahenten gewollt, als darauf, was sie gesagt haben. Hier ist, wie mir scheint, ein richtigerer Ausdruck als in Art. 1156 gewählt; voluntas contrahentium, der Wille der Contrahenten wird von Papinian den gebrauchten Worten entgegengesetzt, während Art. 1156 die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen dem buchstäblichen Sinn der Worte gegenüberstellt, und dadurch Veranlassung zu dem Irrthum gibt, als habe Art. 1156 die Absicht, aus welcher die Contrahenten den Vertrag eingegangen haben, oder den Zweck, welchen die Contrahenten durch den Vertrag erreichen wollen, im Auge. So wenigstens wird Art. 1156 in einem Urtheil des höchsten Gerichtshofs vom 12. März 1866 in Sachen des Kaufmann Herperath in Cöln gegen Kaufmann Krebbiel in Mannheim, weches in dem 32. Band der Annalen Seite 109 und in dem Archiv für Theorie und Praxis von Busch 8. Band S. 453 mitgetheilt wird, aufgefaßt; es handelte sich in diesem Fall um die Frage, ob ein unter den Partieen abgeschlossenes Lieferungsgeschäft als Differenzgeschäft zu beurtheilen sei? Ueber diese Frage sprechen sich die Entscheidungsgründe folgendermaßen aus: „Zum Nachweis der gesetzwidrigen Absicht der Parteien genügt nicht der, wenn auch noch so klar erbrachte Nachweis, daß bei der Eingehung des Vertrags der Eine Theil blos ein unter den Begriff der Wetten fallendes reines Differenzgeschäft beabsichtigte; es ist vielmehr nothwendig, daß auch der andere Theil von dergleichen Absicht geleitet war, da hier gemäß L.R.S. 1156 nur die gemeinschaftliche Absicht entscheiden kann, nicht etwa eine versteckte Nebenabsicht des einen oder andern Theils. Es ist namentlich erforderlich, daß die wirkliche Lieferung nach der Absicht beider Theile ausgeschlossen sein sollte."

Hier handelt es sich nicht mehr um Auslegung einer dunklen oder zweideutigen Stelle des Vertrags, um eine Unklarheit oder um einen Widerspruch in den einzelnen Vertragsbestimmungen, sondern um die Frage, ob der Vertrag, sowie er abgeschlossen ist, nicht etwa nur simulirt ist, ob die Parteien nicht etwa einen ganz andern nämlich einen gesetzwidrigen Vertrag geschlossen und diesen in das Gewand eines erlaubten Vertrags eingekleidet haben? Daß für die Entscheidung dieser Frage Art. 1156 nicht maßgebend ist, dürfte wohl kaum zweifelhaft sein, wenn man die Ueberschrift des Abschnittes und den Art. 1156a berücksichtigt. Mittels der Auslegung kann nicht dasjenige, was die Contrahenten selbst klar und unzweideutig verabredet haben, beseitigt werden; die Simulation hat mit der Auslegung des Vertrags und seiner einzelnen Bestimmungen nichts zu schaffen — unter Simulation wird vielmehr der Fall verstanden, wenn die Contrahenten den vorliegenden Vertrag nicht ernstlich sondern nur zum Schein abgeschlossen haben. Hierbei macht Zachariä in seinem Handbuch des französischen Civilrechts (4. Auflage) §. 35 darauf aufmerksam, daß Verträge, welche ihrem Zwecke nach in mehrere, von einander verschiedene Formen von Rechtsgeschäften eingekleidet werden können, nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche von der für dieselben gewählten Form gelten. Es kann z. B. dem Gläubiger eine Sicherheit mittels Pfandbestellung gewährt werden; derselbe Zweck kann aber auch durch einen Verkauf auf Wiederverkauf erreicht werden. So sind an Börsenplätzen die Prolongationen allgemein üblich. Vergl. Zeitschrift für Handelsrecht von Goldschmidt 3. Band S. 417 und ff. Durch dieses Geschäft wird derselbe Zweck erreicht, wie durch eine Pfandbestellung. Gleichwohl wird die Prolongation ganz allgemein nach den für den Kauf geltenden allgemeinen Regeln beurtheilt. Zachariä erwähnt namentlich den Fall, wenn eine Schenkung in die Form eines Kaufvertrags gekleidet worden ist, und meint die Schenkung sei darum nicht schlechtbin ungiltig. Denn nicht jede freigebige Verfügung sei den für Schenkungen vorgeschriebenen Formen unterworfen.

Die römischen Juristen behandeln die nämliche Frage in l. 36 und 38 de contr. empt. (18. 1) und stellen die Ansicht auf, daß wenn bei einem Kauf ein Kaufpreis festgesetzt, dabei aber bedungen sei, daß der Verkäufer ihn nicht fordern dürfe, das Uebereinkommen nicht als Kauf, sondern als Schenkung zu betrachten sei; wenn aber bei einem Kauf nur ein geringer Preis bedungen sei, so bestehe der Kauf zu Recht. Es ist also nicht die Absicht der Contrahenten, welche für maaßgebend erachtet wird, denn ein unverhältnißmäßig geringer Preis deutet ebensowohl auf die Absicht zu schenken, wie die Uebereinkunft, daß der Preis nicht gefordert werden dürfe. Vielmehr wird im letzten Fall, weil ein Kauf nicht ohne

Digitized by Google

Kaufpreis bestehen kann, das Rechtsgeschäft nicht als Kauf aufrecht erhalten werden können, dagegen muß den Kontrahenten, so lange sie in der Lage sind, über ihr Vermögen frei zu disponiren, unbenommen sein, den Kaufpreis nach Belieben festzustellen.

Bei der Einrede der Simulation genügt es daher nicht, wenn behauptet wird, die Kontrahenten haben diese oder jene Absicht bei Eingehung des Vertrags gehabt, sondern es muß behauptet werden, die Contrahenten haben den einen Vertrag abgeschlossen, denselben aber in die Form des andern Vertrags gebracht, z. B. Jemand verkauft eine Forderung einem Andern, es wird aber unter den Partieen verabredet, daß keine Cession gefertigt, der Käufer vielmehr Vollmacht von dem Verkäufer erhalte, Kapital und Zinsen zu erheben. Hier ist nicht ein anderes Geschäft nur beabsichtigt, sondern wirklich abgeschlossen. Ebenso wenn Jemand einem Andern ür die Ausführung einer unerlaubten Handlung, z. B. für das Einschmuggeln zollpflichtiger Waaren eine Belohnung verspricht, dieses Versprechen aber in einen Kauf einkleidet, als sei der Versprechende dem Schmuggler den Preis der geschmuggelten Waaren schuldig geblieben. Hier ist ebenfalls ein abgeschlossener Vertrag in die Form eines andern gebracht; der abgeschlossene Vertrag ist aber, weil er sowohl gegen die Gesetze wie gegen die guten Sitten verstößt, hinfällig, daher würde der Klage aus dem Kauf die Einrede der Simulation entgegenstehen. Ebenso wenn ein Differenz-Vertrag in die Form eines Lieferungs-Vertrags eingekleidet wurde; um die Einrede der Simulation in diesem Fall zu begründen, genügt es daher nicht, wenn nur behauptet wird, es sei nicht in der Absicht der Parteien gelegen, den Lieferungsvertrag zu vollziehen. Denn so lange Absichten nicht durch Worte oder Handlungen bethätigt werden, kommen sie gar nicht in Betracht. Es mag oft vorkommen, daß Verträge geschlossen werden, wobei der eine oder andere Kontrahent die geheime Absicht hat, den Vertrag nicht zu halten; aber eine solche Absicht muß sicherlich als eine gesetzwidrige und betrügerische gebrandmarkt werden. Denn Verträge gelten gleich Gesetzen unter denen, welche sie abgeschlossen haben. Art. 1134. Es ist aber Niemanden gestattet, sich auf seine eigenen unrechten Handlungen zu berufen, um daraus Vortheil zu ziehen. Wie aber, wenn beide Contrahenten diese geheime Absicht hatten? Meines Erachtens kann auch diese beiderseitige Absicht nicht in Betracht kommen, wenn sie nicht äußerlich, d. h. durch Worte oder Handlungen bethätigt wurde. Begreiflicher Weise können hierbei aber nur diejenigen Aeußerungen oder Handlungen in Betracht kommen, welche den Abschluß selbst betreffen, aus welchen hervorgeht, daß beide Theile bei dem Abschluß selbst nicht den Willen hatten, den Vertrag zu vollziehen. Würde dagegen nur behauptet, die beiden Theile haben die Absicht gehabt, zu speculiren, die Differenz zwischen dem Ankaufpreis und dem Tagespreis zu gewinnen, so geht gerade daraus hervor, daß sie den Vertrag ernstlich gemeint haben. Denn diese Speculation kann ja nur erreicht werden, wenn der Vertrag vollzogen wird. Wenn nämlich der Preis der zu liefernden Waare gestiegen ist, so kann der Käufer die Differenz nur dadurch gewinnen, daß der Verkäufer liefert, weil er nur dann im Stande ist, diese zu dem höhern Tagespreis zu verkaufen. Ebenso umgekehrt. Wenn daher beide Theile einen Lieferungsvertrag in der Absicht schließen, eine Speculation zu machen, oder die Differenz zu gewinnen, so geht gerade daraus aufs unzweideutigste hervor, daß sie den Vertrag vollziehen wollten. Nur dann, wenn eine Verabredung unter den Partieen stattgefunden hat, es solle nicht geliefert, sondern die Preisdifferenz von dem Einen an den Andern bezahlt werden, liegt ein Differenz-Vertrag und kein Lieferungsvertrag vor. Es kann daher kein Werth auf die Absicht der Contrahenten gelegt werden, so lang diese nicht durch ein Uebereinkommen feste Gestalt angenommen hat. Am wenigsten läßt sich für die gegentheilige Ansicht Art. 1156 benützen. Bemerkenswerth ist die Fassung, in welcher das neue Handelsgesetzbuch demselben Gedanken Ausdruck gegeben hat. Nach Art 278 soll der Richter bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte den Willen der Contrahenten erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn der Worte haften. Hier ist statt „der gemeinschaftlichen Absicht“ der Wille der Contrahenten für maaßgebend erklärt, also der nämliche Ausdruck gewählt, welchen Papinian in l. 219 D. (50. 16) gebraucht hat, woraus doch wohl hervorgehen dürfte, daß auch Art. 1156 nicht etwa die Absicht, in welcher der Vertrag geschlossen wurde, sondern nur den Sinn, welchen die Contrahenten mit den gebrauchten Worten ausdrücken wollten, gemeint hat.

Die gemeinsame Absicht, insoweit darunter der Zweck, welchen die Contrahenten mittels des Vertrags erreichen wollen, verstanden wird, kann nur als bestimmendes Motiv der Contrahenten in Betracht kommen. In dieser

Digitized by Google

Beziehung bemerkt Thöl, „der Verkehr mit Staatspapieren“ S. 234 sehr richtig: Alles was den innern Beweggrund, die Hoffnungen, die Wünsche, die Furcht bei einem Geschäft betrifft, kömmt für die rechtliche Beurtheilung desselben gar nicht in Betracht. Es ist namentlich die Absicht, zu gewinnen, das Motiv aller Handelsgeschäfte. In Art. 1 unseres ältern Handelsgesetzbuchs (des Anhangs zum Landrecht), ist die Gewinn-Absicht als Merkmal eines Handelsgeschäfts ausdrücklich bezeichnet, und wenn das neue Handelsgesetzbuch dieses Merkmal nicht ausdrücklich hervorhebt, so wird dies doch als selbstverständlich betrachtet. Vergl. Protokolle Seite 1289, Handbuch des Handelsrechts von Goldschmidt, §. 47 sub. 4 S. 424. Diese Absicht kommt daher in Betracht, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Geschäft als Handelsgeschäft zu beurtheilen ist; auf den rechtlichen Bestand des Geschäfts ist sie aber ohne Einfluß.

Dr. Ladenburg.

71.

Der Bürge des Pächters kann nicht auf den, zwischen diesem und dem Verpächter abgeschlossenen, Schiedsvertrag sich berufen, um auch für seine Person die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auszuschließen.

In Sachen

der Stadtgemeinde Heidelberg, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

Karl Ikrath von Heidelberg, Beklagten, Appellaten — jetzt dessen Erben, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

hatte der Sohn des Beklagten den Speirerhof von der Klägerin gepachtet, der Beklagte aber später die Bürgschaft für ihn übernommen. In dem Pachtvertrag war bedungen, daß bei Streitigkeiten zwischen Verpächterin und Pächter ein Schiedsgericht bestellt werden und entscheiden solle. Als nun der Pächter in Vermögenszerfall kam und die Gemeinde den Bürgen auf Zahlung des Pachtzinsrests bei großh. Kreisgericht Heidelberg belangte, berief sich dieser auf das Geding, daß nach dem Pachtvertrag über Streitigkeiten zwischen Verpächter und Pächter ein Schiedsgericht zu entscheiden habe, daher das Kreisgericht Heidelberg nicht zuständig sei.

Es erging dann auch ein Urtheil des großh Kreisgerichts Heidelberg vom 11. Juli 1868, besagend:

„die Klage findet vor den ordentlichen Gerichten nicht statt und hat die Klägerin die Kosten des Verfahrens zu tragen.“

Auf Appellation der Klägerin erfolgte aber ein abändendes Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationssenat, vom 23. Oktober 1868, des Inhaltes:

„die Einrede der mangelnden Zuständigkeit des großh. Kreisgerichtes Heidelberg als ordentlichen Gerichts sei als unbegründet zu verwerfen und die Sache an das großh. Kreisgericht Heidelberg zur weiteren Verhandlung zurückzuweisen, auch habe der Beklagte die durch die vorgeschützte Einrede veranlaßten Kosten der ersten, sowie sämmtliche Kosten der zweiten Instanz zu tragen.“

Auf die von den Beklagten ergriffene Oberappellation wurde am 13. Mai 1869, von großh. Oberhofgericht bestätigend erkannt, aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Im Allgemeinen bildet der gesetzliche Gerichtsstand die Regel, die Constituirung eines Schiedsgerichts die Ausnahme, die als solche strict zu interpretiren ist. Nun ist ein Schiedsgericht lediglich für die zwischen dem Pächter und der Stadt entstehenden Streitigkeiten constituirt; die Bürgschaft ist erst vermöge besondern spätern Vertrags übernommen worden und dort die Ausdehnung des Schiedsvertrags auf den Bürgen nicht verabredet worden. Es muß daher bei jener Regel verbleiben, wenn nicht etwa das Gesetz für den Bürgen und Sammtschuldner ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Aus den hier maaßgebenden L.R.S.S. 1208 und 2036 ist aber dies nicht abzuleiten, dieselben sprechen vielmehr, richtig aufgefaßt, ebenfalls für die klägerische Ansicht.

Hiernach kann nämlich ein Sammtschuldner, wie der Bürge, alle Einreden vorbringen, welche aus der Natur der Schuld fließen, oder welche dem Hauptschuldner zustehen und mit der Schuld zusammenhängen, nicht aber diejenigen, welche dem Schuldner für seine Person zustehn.

Digitized by Google

Erstern ist nun die Einrede der Unzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte, entnommen dem zwischen dem Pächter und der Verpächterin abgeschlossenen Schiedsvertrag, nicht beizuzählen, da der Hauptschuldner das Schiedsgericht lediglich für seine Person stipulirt hat und diese Einrede mit der Schuld selbst nicht zusammenhängt, auch räumt das Gesetz dem Bürgen nicht schlechthin den gleichen Gerichtsstand wie dem Hauptschuldner ein, vielmehr ist der eine und andere vor dem vertragsmäßig constituirten oder gesetzlich zuständigen Forum zu belangen, wo dann der Bürge alle aus der Natur der Schuld abfließenden Einreden geltend machen mag.

Das Interesse endlich, welches der eine oder andere Theil bei der Entscheidung durch ein besonderes Gericht haben könnte, ist nicht entscheidend, da es Sache des Betheiligten gewesen wäre, dieses Interesse rechtzeitig durch eine besondere Stipulation zu wahren. Red.

72.

Zu §. 74 der Wechselordnung.

Kaufmann Johann Schulz in Bodmann, welcher mit Anton Wegmann in Louisville, Staat Kentucky, in Geschäftsverbindung steht, sendete demselben im November 1866 Nüsse und dürre Zwetschgen, und hatte dafür zu fordern 578 fl. 10 kr. Im Monat Dezember 1866 übersendete Anton Wegmann gegen besagte Rechnung einen Sichtwechsel, datirt vom 6. Dezember 1866, ausgestellt von Schuchard und Sons in New-York an die Ordre des Johann Schulz im Belaufe von 512 fl. 30 kr. auf das Bankhaus Phil. Nik. Schmidt in Frankfurt a. M. Die Uebersendung geschah in einem einfachen Briefe mittelst der Post über Bremen, der Brief nebst Inhalt gelangte aber nicht in die Hände des Adressaten Johann Schulz. Nachdem dieser im Januar 1867 den Anton Wegmann an die Zahlung erinnert, antwortete Wegmann am 18. Februar, daß er an ihn den erwähnten Wechsel abgesendet, und legte für den Fall, daß derselbe noch immer nicht im Besitze des Adressaten wäre, die Sekunda und einem spätern Schreiben die Tertia des Wechsels bei, welche beide Exemplare richtig in die Hände des Johann Schulz gekommen sind. Bei dem Versuche desselben, die Sekunda bei Phil. Nik. Schmidt einzulösen, verweigerte dieses Bankhaus die Zahlung, weil bei ihm bereits am 9. Februar 1867 der fragliche Primawechsel, von M. Ederheimer in Frankfurt quittirt, mit 512 fl. 30 kr. einkassiert worden war. Aus dem sofort übergebenen Orgiual der Wechselprima ist ersichtlich, daß der Wechsel angeblich von Johannes Schulz an Wilhem Doser Sohn in Engen mit dem Beisatz: „Werth zum Incasso," und von letzterem an Ederheimer mit dem Beisatz: „Werth in Rechnung" übertragen worden. Der Erwerb des Wechsels von Seiten Doser's geschah durch Vermittlung des Post- und Eisenbahn-Bureaudieners Förter in Engen mittelst Blanko-Indossaments, welches Doser auf sich selbst ausfüllte. Das Blanko-Indossament ist jedoch falsch und der Fälscher zur Zeit nicht ermittelt.

Der Remittent Johann Schulz trat gegen Wilhelm Doser klagend auf, sich auf Art. 74 der W.O. berufend, wonach der nach den Bestimmungen des Art. 36 der W.O. legitimirte Besitzer eines Wechsels dann zur Herausgabe desselben angehalten werden kann, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Kläger behauptete nämlich, der Beklagte habe sich nach den obwaltenden Umständen bei Erwerbung des mit einem falschen Giro versehenen Wechsels offenbar einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, indem er bei Anwendung des gemeinen Menschenverstandes oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte wahrnehmen können, daß der Geber des Wechsels nicht der rechtmäßige Inhaber desselben war. Es wird daher von dem Beklagten, der zur Herausgabe des Wechsels verbunden sei, denselben aber schon eingelöst hat, der Wechselbetrag herausverlangt.

Im ersten Rechtszuge wurde der Kläger abgewiesen, weil eine grobe Fahrlässigkeit des Beklagten bei Erwerbung des Wechsels nicht anzunehmen sei. Der Appellationssenat verurtheilte jedoch den Beklagten nach dem Klagbegehren und die dagegen vom Beklagten ergriffene Oberappellation wurde von großh. Oberhofgericht für unbegründet erachtet.

Die Klage dürfte schon nach den L.R.S.S. 2279 ff., 1136 ff., 1149 ff., 1383 begründet sein. M. s. in diesem Sinn mehrere Entscheidungen in Laukhard's Rechtsfällen Bd. XI. S. 43 ff. Sie ist es jedenfalls nach Art. 74 der W.O. Dieser Artikel umfaßt alle Fälle, in welchen Jemandem durch ein formell richtiges, aber materiell ungiltiges Indossament ein Wechsel übertragen worden ist. Borchardt, Wechselordnung 4. Auflage Zusatz 461, und hier haben wir nachgewiesenermaaßen

Digitized by Google

ein falſches Blanko-Indoſſament, mit der Behauptung, beider darauf erfolgten Wechſelerwerbung habe der Beklagte grobfahrläſſig gehandelt. Art. 74 bezieht ſich aber, da es ſich nicht um eine wechſelmäßige Verbindlichkeit handelt, derſelbe vielmehr einen außerhalb des Wechſelprozeſſes zu entſcheidenden Anſpruch im Auge, und darüber eine materielle Entſcheidung getroffen hat, keineswegs auf den eigentlichen Wechſelprozeß, ſondern der Anſpruch iſt im ordentlichen Civilprozeß zu verfolgen. Brauer, Wechſelordnung zu Art. 74; Borchardt, a. a O., und hiebei findet neben Art. 74 der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung zur Vervollſtändigung beziehungsweiſe Unterſtützung auch das partikuläre Recht der einzelnen deutſchen Staaten Anwendung, inſofern es bezüglich der Vindikation beweglicher Sachen auf denſelben Grundſätzen, wie ſie durch die Art. 36 und 74 der Wechſelordnung ausgeſprochen ſind, beruht [1]), (alſo in Baden die L.R.S.S. 2279. 2280. 1136 ff. 1383), da der Gegenſtand ſeiner Natur nach in das Civilrecht gehört, was auch in der Leipziger Konferenz mehrfach anerkannt wurde. M. ſ. die Protokolle S. 143.

Vor Allem wird im vorliegenden Falle zu unterſuchen ſein: ob, da der durch die Poſt verſendete Wechſel verloren ging oder entwendet wurde, ehe er in den Beſitz des Adreſſaten Johann Schulz gelangte, auch dieſer Adreſſat die Klage erheben kann? Wer zur Klage aktiv legitimirt iſt, darüber ſpricht ſich der Art. 74 der W.O. nicht aus. Selbſtverſtändlich iſt es der Remittent oder ſtatt deſſen, falls er den Wechſel bereits weiter begeben hat, der letzte Indoſſant, welcher für klagberechtigt gelten muß, ſofern der Eine oder beziehungsweiſe der Andere ſchon im Beſitze des Wechſels geweſen iſt. Denn aus den Konferenz-Protokollen ergibt ſich, daß nur die Vindikation geſtohlener oder verlorener Wechſel ſtattfinden ſoll, und daß im Konflikte der Rechte des Beſitzers mit denen des wahren Eigenthümers eines Wechſels, der dem Letzteren geſtohlen wurde oder verloren ging, dieſer in den beiden Fällen des Art. 74 zur Vindicationsklage für legitimirt zu erachten iſt. Hoffmann, Wechſelordnung S. 544. I. ſpricht aber dem Adreſſaten, der den Beſitz eines geſtohlenen oder verlorenen Wechſels noch nicht erlangt hatte, die Legitimation zur Klagerhebung ab, indem er nur einen früheren Eigenthümer des Wechſels für klagberechtigt hält. Als ein ſolcher Eigenthümer des Wechſels ſei aber auch der Ausſteller des Wechſels anzuſehen, wenn derſelbe noch, ehe er in die Hände des auserſehenen Nehmers gelangt war, abhanden gekommen ſei. Der Ausſteller könne an der Wiedererlangung des Wechſels inſoferne ein großes Intereſſe haben, als er ſonſt der Gefahr ausgeſetzt ſei, aus dem Wechſel belangt zu werden, dabei aber derjenigen Perſon verbindlich bleibe, welcher er ſich zur Ausſtellung des Wechſels verpflichtet habe, oder welche er durch die Ausſtellung des Wechſels wegen anderer Anſprüche befriedigen wollte. Dagegen könne, behauptet Hoffmann weiter, die Klage nicht unmittelbar der anſtellen, welcher noch nicht in Beſitz des Wechſels gelangt war, geſetzt auch es wäre an ihn von dem Ausſteller oder dem Beſitzer eines Wechſels letzterer — welcher unterwegs abhanden kam — abgeſendet worden. In einem derartigen Falle könne ſich der, welchem der Wechſel begeben werden ſollte, dadurch helfen, daß er ſich die Klage des Ausſtellers oder früheren Beſitzers des Wechſels cediren laſſe. Hoffmann beruft ſich hiefür auf ein Urtheil des Hofgerichts zu Darmſtadt vom 5. März 1858, welches den Kläger auch deßhalb abwies, weil der auf der Poſt verſendete Wechſel unterſchlagen und nachher von dem Bezogenen eingelöst worden war, noch ehe er in Klägers, des Adreſſaten, Hände gelangt war, Kläger daher, weil er noch nicht im Beſitze des Wechſels geweſen ſei, nicht als früherer Eigenthümer betrachtet werden könne. Auch Borchard a. a. O Zuſatz 464 erklärt denjenigen, welcher noch nicht in den Beſitz des abhandenen gekommenen Wechſels gelangt war, nicht zur Vindikationsklage für legitimirt. Er bezieht ſich auf daſſelbe Urtheil des Hofgerichts zu Darmſtadt und auf Hoffmann a. a. O.

---

[1]) Goldſchmidt in der Zeitſchrift für das geſammte Handelsrecht Bd. IX. S. 32 ſpricht ſich gelegenheitlich der Behandlung einer verwandten Frage (Art. 305 u. ff. des H.G.B.) dahin aus: Sind nun gleich dieſe (aus mehreren Partikulargeſetzgebungen, namentlich auch dem Code civil entnommenen) Grundſätze theils ganz allgemein, theils im Zuſammenhange mit dem in dem deutſchen H.G.B. vielfach abweichenden Syſtem dieſer Geſetzbücher aufgeſtellt, ſo wird man dieſelben gleichwohl auch für die Eigenthumstheorie des H.G.B. gelten laſſen müſſen, zumal die Beſtimmungen des letzteren auf der gleichen Grundanſchauung beruhen, um der Verkehrsſicherheit willen das Eigenthum abzuſchwächen. Allein, ſelbſt wo ſolche Uebereinſtimmung in der Eigenthumstheorie nicht herrſcht, ſind doch im Zweifel die allgemeinen Grundſätze des bürgerlichen Rechts über die Vorausſetzungen, unter denen überhaupt der gute Glaube in Betracht kommt, maaßgebend, daher denn auch die allgemeinen Prinzipien des römiſchen Rechts ꝛc.

Digitized by Google

Der Appellationssenat beruft sich zur Bejahung der Frage darauf, daß der Kläger Johann Schulz unzweifelhaft Gläubiger des Wechselabsenders, von dem er den Besitz ableite, sei. Daß nun Anton Wegmann zur Erhebung der Vindikationsklage legitimirt wäre, sei nicht zu beanstanden. Sei dies aber der Fall, so könne der Kläger die dem Wegmann zustehende Klage auf den Grund des L.R.S. 1166 für sich erheben. Zum anderen sei aber auch, da die Postanstalt nicht in die Reihe gewöhnlicher Beauftragter gestellt werden dürfe, Jedem, der an der richtigen Bestellung des aufgegebenen Briefes oder Pakets ein nachweisliches Interesse habe, insbesondere dem Adressaten, eine Klage aus der erfolgten Aufgabe des Briefes oder Pakets, ohne daß es erst noch der Abtretung des Klagrechts Seitens des Aufgebers bedürfe, zu gestatten, wofür sich auf eine in Seuffert's Archiv, Band VI. S. 82 mitgetheilte Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Dresden bezogen wird.

Allerdings wird der Kläger, auch ohne diese Cession, zur Klagerhebung berechtigt sein. Zwar scheint der von dem Rechtsverhältnisse der Postanstalt hergenommene Grund hier nichts zu entscheiden. Denn wenn es auch richtig ist, daß die Postanstalt, falls man sie unter den Gesichtspunkt gewöhnlicher Beauftragten stellen müßte, für Vollziehung eines Auftrags nur dem Auftraggeber haftbar wäre, dagegen der sowohl zum Vortheil des Gewaltgebers als auch eines Dritten oder des Letzteren allein ertheilte Auftrag diesen Dritten nicht zur Klagerhebung gegen den Beauftragten legitimiren würde, es sei denn, daß er das Klagrecht des Mandanten durch Cession erworben hätte, L.R.S.S. 1165. 1993 [2]), — wenn es ferner richtig ist, daß die Postanstalt nicht unter diesen Gesichtspunkt eines gewöhnlichen Beauftragten gestellt werden darf, sie vielmehr Jedem, der an der richtigen Bestellung eines aufgegebenen Briefes oder Pakets ein nachweisliches Interesse hat, insbesondere also auch dem Adressaten, aus der erfolgten Aufgabe des Briefes oder Pakets verpflichtet ist und hierwegen belangt werden kann, — so handelt es sich hier nicht um eine Verbindlichkeit der Postanstalt, welche erfüllt werden soll, auch ist es nicht der Beklagte, der für Verbindlichkeiten der Postanstalt einzustehen hat. — Auch die Richtigkeit der vom Appellationssenat gemachten Anwendung des L.R.S. 1166, wonach der Kläger als Gläubiger des Adressanten Wegmann die diesem Letzteren nach Art. 74 der W.O. zustehende Klage zur eigenen Befriedigung erheben könne, ist nicht zweifellos und auch das großh. Oberhofgericht nahm Anstand, die Sachberechtigung des Klägers im Sinne des Gerichtshofs zweiter Instanz lediglich und ohne Weiteres auf diese Gesetzesstelle zu stützen. Es ist bekanntlich eine sehr bestrittene Frage, ob das aus L.R.S. 1166 abgeleitete Klagrecht, ohne vorausgegangene Ausklagung des Schuldners des Klägers, beziehungsweise Einwilligung desselben oder gerichtliche Ermächtigung geltend gemacht werden kann. Bis in die neueste Zeit stehen hierüber in Frankreich einerseits beinahe sämmtliche Schriftsteller, andererseits die Gerichtspraxis einander gegenüber. Während jene die Nothwendigkeit der gerichtlichen Ermächtigung oder der Einwilligung des Schuldners behaupten, entscheiden sich die Gerichte für das Gegentheil.

M. vergl. Zachariä, Bd. II S. 258 Note 5. —
Laukhard, Rechtsfälle Bd. VII. S. 1 ff., S. 104 ff.
Annalen IX., Beibl. S. 14, — XX., 293. —
Renaud im Magazin für Rechtspflege ꝛc. Bd. IV. S. 408. —
Gilbert, code annoté zu Art. 1166 No. 33, supplément No. 26 und 27. —

Und auch in Baden ist der Streit, welcher durch die Einschaltung der im Urtext fehlenden Worte: „zu ihrer Befriedigung" neue Nahrung erhalten hat, noch nicht zum Abschluß gelangt.

Man vergl., in Verbindung mit Brauer's Erläuterungen, Bd. III. S. 110; Bd. VI. S. 240.
Annalen IX. 225, — XVIII. 43, — XX. 36, — XXI. 134, XXXII. 248. 310.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. IX. 220. 542. 546.
Magazin für badische Rechtspflege ꝛc. IV. 447.

Allein mit Hoffmann, Borchardt u. A. wird anerkannt werden müssen, daß der Aussteller eines von ihm zur Post gegebenen und daselbst verloren gegangenen Wechsels, weil er ein Interesse an dessen Wiedererlangung hat, in den Fällen des Art. 74 der W.O. zur Anstellung der Vindikationsklage berechtigt ist. (Schl. flgt.)

[2]) Renaud, im Magazin für Rechtspflege ꝛc. Bd. II. S. 1 und ff., insbesondere S. 8 und ff.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 11.**

(Schluß von Art. 72.)

Man wird ferner aus demselben Grunde anerkennen müssen, daß in unserem Falle auch dem Anton Wegmann, welchem der Aussteller Schuchard und Sons den Wechsel zur Absendung an den Remittenten überlieferte, Behufs der Wiedererlangung des von ihm zur Post gegebenen und daselbst abhanden gekommenen Wechsels die Klage ebenfalls zustehen wird; — so wird man hier auch dem Adressaten Johann Schulz aus dem gleichen Grunde die Vindikationsklage einräumen müssen, denn er hat als Remittent gleichfalls ein sehr erhebliches, insbesondere pekuniäres Interesse an Erlangung und dem Besitze des abhanden gekommenen Wechsels, da er, als Gläubiger des Absenders, vermittelst Verwerthung oder Einkassirung des Wechsels zu seiner Befriedigung gelangen kann. Da es überdies in dem Willen und der Absicht des Adressanten sowie des Ausstellers liegt, daß das zur Post gegebenene Werthpapier in die Hände des Adressaten, beziehungsweise Remittenten gelangt, so wird man eine zur Verwirklichung dieser Absicht angestellte Klage des Adressaten diesem Letzteren, auch ohne vorhergehende förmliche Abtretung des Klagrechts des Adressanten, in vorwürfiger Sache um so mehr zugestehen müssen, als Anton Wegmann nach dem Verluste der Wechselprima dem Kläger die Sekunda und Tertia übersandte, damit derselbe die Einlösung des Wechsels bewirken könne, und als er außerdem in einer am 17. April 1868 vor dem Notar abgegebenen Erklärung den Kläger zum gleichen Zwecke ausdrücklich auf den gerichtlichen Weg verweist. Wenn er dabei hauptsächlich den Bezogenen, das Bankhaus Phil. Nik. Schmidt, im Auge hat, so ergibt sich doch aus seiner weiteren Erklärung, daß er den Kläger wegen Erlangung des Wechselbetrags überhaupt zur Betretung des Rechtswegs auffordern will, und auch damit einverstanden ist, daß der Kläger die Wechselsumme auch von einer anderen hiefür etwa haftbaren Person, als gerade vom Bezogenen, gerichtlich zu erlangen den Versuch mache. Ein solches Einverständniß Wegmanns, welches mit der auf der Wechselurkunde selbst enthaltenen Erklärung des Trassanten im Einklange steht, weil dieser die Wechselanweisung zu Gunsten des Klägers ausgestellt hat, wird daher zur Klagberechtigung des Adressaten als genügend erscheinen.

Sodann fragt es sich, ob statt des bereits einkassirten Wechsels in den Fällen des Art. 74 der W.O. Ersatz der Wechselsumme begehrt werden kann? Das Appellationsgericht hat zur Bejahung der Frage geltend gemacht, daß der unrechtmäßige Wechselerwerber bei einer nur halbwegs materiellen Auffassung des Rechtsverhältnisses nicht sowohl zur Abtretung des Papiers, als zur Cession des mit dem Wechsel verknüpften Rechts verbunden zu erachten sei, — daß ferner bei einer entgegengesetzten Auffassung die Vorschrift des Art. 74 in der bei weitem größeren Mehrzahl der sich ereignenden Fälle sich illusorisch zeigen würde, — daß endlich nach Art. 74 die Ausfolgung des Wechsels zur Ausgleichung der Verschuldung geschehen soll, der somit in culpa lata Erwerbende, wenn er sich des Mittels jener Ausgleichung entäußert, seiner Verbindlichkeit gegen den Verkürzten — soll nicht offenbare Ungerechtigkeit geschaffen werden — nicht enthoben seiu könne. — Von Hoffmann wird diese Frage ebenfalls bejaht, indem er a. a. O. S. 546 sagt: Der unbefugte Nehmer des Wechsels, welcher sich nicht mehr im Besitze desselben befinde, hafte für den Werth des Wechsels; er könne insbesondere, wie ein früherer Besitzer, qui dolo malo desiit posidere (als fictus possessor) behandelt werden, wenn er den Wechsel weiter begeben oder eingezogen habe. — Ebenso Seuffert, Archiv VII. S. 417; — Thöl, Wechselrecht Bd. II. S. 673 unter II.; — Borchardt a. a. O. Zus. 466; — Goldschmidt, Zeitschrift VIII. S. 340; — Renaud, Wechselrecht, S. 338. Alle diese Autoritäten beziehen sich, wie auch der Appellationssenat, auf eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 25. Februar 1854, welche auch in den Annalen XXII. S. 225 von Ladenburg mitgetheilt ist. Sie weichen nur darüber von einander ab, ob nur die Valuta, oder nur die Bereicherung oder nur die Wechselsumme oder endlich das volle Interesse, nämlich außer der Wechsel-

Digitized by Google

summe noch der übrige Schaden vom Kläger verlangt werden kann. — Die Konferenzprotokolle enthalten S. 143 die Bemerkung: es handle sich bei der Vindikation eines Wechsels in der Hauptsache nicht um das Eigenthum an dem Papiere, sondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechsel verbundenen Rechte, und eigentlich könne man in den hierher gehörigen Streitfällen keine reinen Eigenthumsstreitigkeiten, sondern nur Konflikte über persönliche Rechte und deren Zuständigkeit erblicken, denn zum Besitze des Papierstücks sei nicht derjenige befugt, der nach den Regeln von dominium und rei vindicatio Eigenthümer sei, sondern nur der, dem jene persönlichen Rechte wirklich zuständen, — und S. 229 wiederholt sich die Bemerkung: daß in den hierher gehörigen Fällen nur uneigentlich von einer Vindikation gesprochen werde, — im Uebrigen lassen sie unsere Frage unberührt.

Ist aber, wie hiernach aus den Konferenzprotokollen sich ergibt, derjenige, welcher mala fide oder culpa lata einen gestohlenen oder verloren gegangenen Wechsel erwirbt, verpflichtet, dem widerrechtlich Beschädigten das mit dem Wechsel verbundene Recht abzutreten, so geschieht dies, so lange er sich im Besitze des Wechsels befindet, durch Auslieferung desselben; wenn er aber des Besitzes sich entäußert hat, so tritt an die Stelle des Wechsels das mit demselben verbundene Recht auf die Wechselsumme, die der Beklagte durch Ausübung eines Rechts, welches nicht ihm, sondern dem Kläger zustand, einkassiren ließ und die daher der Kläger herausverlangen kann. Auch ist der Beklagte aus dem Gesichtspunkt der Entschädigungspflicht zur Herausgabe der Wechselsumme für verbindlich zu erachten. Kann nämlich seine ursprüngliche Verbindlichkeit zur Herausgabe des Wechsels, welche, ungeachtet der bereits durch den Beklagten geschehenen Einlösung desselben dem Kläger gegenüber noch fortbesteht, nicht mehr erfüllt werden, da durch die Einlösung des Wechsels der Zweck seiner Ausstellung erreicht, das wechselmäßige Obligationsverhältniß erloschen, und der bloße Besitz der quittirten Wechselurkunde für den Kläger werthlos geworden ist, so tritt nach den landrechtlichen Bestimmungen an die Stelle jener unerfüllten und nicht mehr erfüllbaren Verbindlichkeit die Pflicht zur Entschädigung. — Da ferner die Wechsel ihrer Natur nach bestimmt sind, in Geld eingelöst zu werden, allein dem rechtmäßigen Besitzer, wenn sie ihm wider seinen Willen abhanden gekommen und in Umlauf gesetzt worden sind, nicht immer möglich ist, den jeweiligen Inhaber derselben aufzufinden, ihm in der Regel vielmehr erst nach Einkassirung der Wechsel die Ermittlung, wo eine dolose oder grob kulpose Erwerbung stattgefunden hat, gelingen kann, so wird man auch für diese weitaus häufigsten Fälle die Haftbarkeit des Wechselerwerbers anerkennen und seine Verbindlichkeit nach der Sachlage modifiziren müssen. — Endlich folgt aus Art. 74 der W.O., daß der Wechselerwerber zur Vorsicht verpflichtet ist, damit nicht die Interessen anderer Wechselbetheiligter verletzt werden. Wenn nun als Folge grober Verschuldung die Auslieferung des Wechsels angeordnet ist, so ergibt sich hieraus für den Fall, da der culpa lata Erwerbende sich des Wechsels entäußert hat, als weitere Konsequenz keinenfalls, daß durch jene Entäußerung seine Verbindlichkeit gegen den Beschädigten erloschen ist, sondern vielmehr, daß er nunmehr mittelst Leistung des Wechselwerths dasjenige vergüten muß, was er mittelst Auslieferung des Wechsels zu leisten sich selbst außer Stand gesetzt hat. (M. vergl. die L.R.S.S. 2279. 1136. 1142. 1149 ff. 1383. 1375a).

Dies sind, unter Mitberücksichtigung der zu zutreffenden Bestimmungen unseres Landrechts, in Kürze die Gründe des angeführten Urtheils des Oberappellationsgerichts zu Lübeck, wie sie in den Annalen a. a. O. in ausführlicherer Weise mitgetheilt sind. Die in Seuffert a. a. O. S. 422 Note 3 gegen die gedachte Entscheidung gemachte Einwendung erscheint dagegen als unbegründet. Darnach soll nämlich in der fraglichen Entscheidung der Versuch einer Verbesserung des Inhalts des Art. 74 der W.O. und nicht eine bloße logische Auslegung desselben enthalten sein. Allein von jeher hat man die Anwendung eines Gesetzes sowohl auf die wörtlich darin ausgedrückten Fälle, als auch auf diejenigen, welche nach dem Grund des Gesetzes als nothwendig darin enthalten erkannt werden, nicht nur für statthaft, sondern für geboten erachtet; und wenn auch Art. 74 der W.O. ausnahmsweise nur einen Vindikationsanspruch am Wechsel konstituirt, ein Eigenthumsrecht an der Wechselsumme aber nicht ausspricht, so wird im vorliegenden Fall nur angenommen, daß an die Stelle der durch culpa lata entstandenen ursprünglichen, derzeit jedoch nicht mehr erfüllbaren Verpflichtung zur Herausgabe des uneingelösten Wechsels die Pflicht zur Entschädigung (welche hier in der Leistung der Wechselsumme be-

Digitized by Google

ſteht, da das Wechſelpapier nur der Repräſentant der Wechſelſumme iſt) zu treten hat, und zum Nachweis dieſes bis zur Einführung der allgemeinen deutſchen Wechſelordnung gemeinrechtlich begründeten Satzes wird für unſer badiſches Landrecht die einfache Hinweiſung auf die L.R.S.S. 1136. 1142 ff. 1383 genügen.

Endlich iſt noch zu prüfen, ob der Beklagte beim Erwerb des fraglichen Wechſels ſich grober Fahrläſſigkeit ſchuldig gemacht hat? In der Leipziger Konferenz hat der Steller des Antrags, welcher ſchließlich in der Faſſung des Art. 74 der W.O. zum Geſetz erhoben wurde, bemerkt: man könne von jedem Wechſelnehmer mit Recht fordern, daß er die Rechtmäßigkeit des Beſitzes des früheren Inhabers prüfe und hiebei die gewöhnliche Diligenz anwende, Prot. S. 229. — Brauer a. a. O. S. 149 und f. erklärt, daß der Inhaber bei Erwerbung des Wechſels ſich einer groben Fahrläſſigkeit ſchuldig mache, wenn er mit Anwendung des gemeinen Menſchenverſtandes oder bei gewöhnlicher Aufmerkſamkeit hätte wahrnehmen können, daß der Geber des Wechſels nicht der rechtmäßige Inhaber war, z. B. wenn das Indoſſament auf eine grobe, leicht kenntliche Weiſe verfälſcht war. Ferner ſagt er bei Erläuterung des Art. 36 der W.O.: „Von der Prüfung der Aechtheit der Indoſſamente verſchieden iſt die Prüfung der Identität des Inhabers mit der Perſon, welche als ſolcher auf dem Wechſel genannt iſt. In dieſer Hinſicht verordnet das badiſche Handelsrecht im Satz 175b ganz richtig: „„Ein Unbekannter, der einen Wechſel zur Zahlung vorlegt, iſt ſchuldig, auf Verlangen des Wechſelzählers ſeine Perſon zu beurkunden.““ Bei Berathung des Geſetzes wurde eine derartige Beſtimmung abgelehnt, weil man der Anſicht war, daß ſie ſich von ſelbſt verſtehe (Konf.Prot. S. 75).“ — Nach den Worten Thöl's a. a. O. S. 671 und f. iſt dem Wechſelerwerber, um der ihm nach Art. 74 der W.O. obliegenden Pflicht zur Vorſicht zu genügen, eine Erkundigungspflicht auferlegt, welche darauf zu richten iſt, ob die Perſon, welche den Wechſel und damit die Rechte aus demſelben übertragen will, dazu berechtigt iſt. Dies begreift Prüfung 1) der Identität des Indoſſanten (d. h. desjenigen, welcher das Indoſſament geben will) mit dem letzten Indoſſatar, hier mit dem Remittenten, da angeblich Dieſer es war, welcher das (alſo das erſte) Indoſſament vornehmen wollte, — 2) ſeines Rechtes zu indoſſiren, — und 3) wenn er das Indoſſament durch einen Mandatar gibt, Prüfung der Vollmacht (des Daſeins und des Inhalts) und der Identität des Bevollmächtigten. — Nach Borchhardt a. a. O. Zuſatz 467 begeht der Erwerber im Allgemeinen eine grobe Fahrläſſigkeit, „wenn er ſich von der Identität der Perſon des veräußernden Wechſelinhabers mit demjenigen, auf welchen das letzte Indoſſament lautet, nicht überzeugt. Unter Umſtänden kann ſelbſt da, wo es ſich um den Erwerb eines äußerlich tadelloſen und mit ächten Indoſſamenten verſehenen Wechſels handelt, ſchon in der Perſönlichkeit oder äußeren Erſcheinung desjenigen, der den Wechſel zur Veräußerung offerirte, ein genügender Grund zur Annahme einer culpa lata des Erwerbers liegen. Wer als Bezogener einem nicht berechtigten Inhaber des Wechſels in böſem Glauben oder mit grober Fahrläſſigkeit Zahlung leiſtete und von ihm auf ſolche Weiſe den Wechſel einlöſte, der würde ſich dem berechtigten Wechſelbetheiligten nicht minder verantwortlich machen, wie dieſes beim Erwerbe eines Wechſels durch Indoſſament ſtattfinden würde. In Frankfurt a. M. iſt Uſanz, daß jeder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechſel zum Diskontiren angeboten wird, ſich über die Legitimation reſp. Identität des Veräußerers durch die hiezu dienlichen Mittel, z. B. Zeugniß bekannter Leute oder Aufweiſung von Legitimationspapieren, vergewiſſert, und daß die Unterlaſſung dieſer Vorſchrift als grobe Fahrläſſigkeit erachtet wird.“ In Uebereinſtimmung hiemit erklärt Goldſchmidt a. a. O. VIII. 328: „Wer dem Recht ſeines Autors mißtraut oder hinreichenden Grund zum Verdacht hat, begeht durch Unterlaſſung der Prüfung oder durch Erwerb trotz unbefriedigend ausgefallener Prüfung — ein grobes Verſehen. So wenn der Geber nicht hinreichend ſeine Bevollmächtigung oder ſeine Identität mit dem im Wechſel bezeichneten Eigenthümer darzulegen vermag und genügende Gründe vorliegen, der Verſicherung des Gebers zu mißtrauen.“ In dem vom Oberappellationsgericht zu Lübeck am 25. Februar 1854 entſchiedenen Falle wird eine grobe Fahrläſſigkeit des Beklagten angenommen, weil derſelbe den ihm völlig unbekannten Detentor des Wechſels als deſſen rechtmäßigen Inhaber anerkannte, ohne irgend welche Umſtände zur Hand zu haben oder in Betracht zu ziehen, welche den Mangel der erforderlichen Bekanntſchaft zu erſetzen geeignet geweſen wären. Ueber dieſes Verhalten des Wechſelerwerbers wird in den Entſcheidungsgründen

Digitized by Google

noch gesagt: Geringer als sie gewesen sind, hätten die Aufmerksamkeit und Diligenz des Beklagten nicht sein können. Annalen a. a. O. S. 229.

Nach unserem Landrecht, welches ebenfalls verschiedene Grade der culpa unterscheidet, ohne sich hierüber in Definitionen einzulassen, wird unter culpa lata ein Versehen, dessen sich nur der allernachlässigste Mensch schuldig macht, oder ein in hohem Grade selbstverschuldeter Irrthum zu verstehen sein. Wer zu bequem oder zu leichtsinnig ist, um Zweifel in sich aufkommen zu lassen, wo sich einem achtsamen und besonnenen Mann Zweifel darbieten; wer, obgleich er Zweifel hegt, die Anwendung der zu deren Aufklärung dienlichen Mittel unterläßt; oder wer endlich, nachdem er diese Mittel wirklich angewendet, trotz ungenügend ausgefallenener Erkundigung der sich ihm aufdringenden für Jedermann erkennbaren Wahrheit sich verschließt, beziehungsweise sie nicht wissen und nicht in Betracht ziehen will; — dieser hat den Irrthum, in den er durch seine Handlungsweise geräth, beziehungsweise darin verharrt, in hohem Grade selbst verschuldet, er versirt in culpa lata. Hasse, die Culpa des römischen Rechts erklärt mit Bezug auf L. 213 §. ult. Dig. de V. S. (50. 16) [3]) und L. 223 eod. [4]) S. 111: „Das Merkmal der culpa lata ist der Vorwand, nicht zu wissen, was Alle wissen, nicht zu sehen, was Jedermann sieht," und S. 114 u. f.: „Der culpa lata macht sich schuldig, wer zwar den Schaden des Andern, welchen er durch seine Handlung zufügt, nicht will, jedoch gegen jenen Schaden in hohem Grade gleichgiltig ist. Es ist sein gewissenloser Leichtsinn, wodurch der Andere beschädigt wird, eine Gemüthsverfassung, welche nimmer entschuldigt werden kann, und es kann nur billig sein, daß er und kein Anderer die üblen Folgen tragen muß."

Hiebei bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, ob im einzelnen Falle einem zur Sorgfalt und Vorsicht Verpflichteten eine mehr oder minder erhebliche, ob ihm, wo dies für seine Verantwortlichkeit gefordert wird, eine grobe Vernachlässigung seiner Pflicht zur Last liegt. Man vergl. über diese Lehre Stabel in den oberhoig. Jahrbüchern, n. F. Bd XIII. S. 190. — In den von Laukhard a. a. O. (Bd. XI. S. 43 u. ff.) mitgetheilten Fällen haben die französischen Gerichte angenommen, daß der Erwerber eines auf den Inhaber lautenden Werthpapiers sich nicht in gutem Glauben befinde, beziehungsweise, daß ihm ein grobes Versehen und eine große Nachlässigkeit zur Last falle, wenn er dasselbe von einem ihm unbekannten Mann kaufte. Sie haben ihn auf den Grund der Art. 2279 und 2280 zur Herausgabe des Papiers, beziehungsweise zum Wiederersatz des Kaufpreises an den Beschädigten verurtheilt, indem man andernfalls Betrügereien befördern und begünstigen und nicht nur die öffentliche Ordnung, sondern auch das Eigenthumsrecht und das Interesse des Handels gefährden würde.

In unserem Falle geschah die Erwerbung des Wechsels von dem Beklagten Wilhem Doser folgender Weise:

Einige Tage vor dem 29. Januar 1867 erschien bei Doser der ihm als Bureaudiener der Post- und Eisenbahnverwaltung Engen bekannte R. Förter mit der Angabe, er solle für einen Fremden, welcher oftmals Morgens von Tuttlingen her mit dem Omnibus in Engen ankomme, dann auf der Eisenbahn nach Schaffhausen weiter fahre, und regelmäßig Abends mit dem letzten Zuge und Wagen nach Tuttlingen zurückreise, einen amerikanischen Wechsel einlösen. Er habe dem Fremden, der sich deßhalb an ihn gewendet, von der Möglichkeit gesagt, es würde dies bei Doser geschehen können, weil derselbe eine Agentur zur Auswandererbeförderung habe. Den Wechsel selbst hatte Förter damals, wie er sagte, noch nicht bei Handen. Doser erklärte ihm, nach Ansicht des Wechsels möglicherweise die Wechseleinkassierung übernehmen zu können. Einige Tage später überbrachte Förter dem Doser die Wechselprima, welche noch kein Indossament trug. Doser erklärte nun dem Förter, wie der Wechsel auf ihn zum Inkasso indossirt werden müßte, und daß dazu der Inhaber selbst zu ihm kommen sollte. Förter erwiederte, daß sich dieses nicht thun lassen werde, weil der Fremde mit dem ersten Bahnzug weiter zu fahren und vom letzten Zuge aus zum Omnibus nach Tuttlingen zu eilen pflege. Auf die Frage Förters belehrte ihn Doser, wie zur Bewirkung des Indossaments auf ihn der Inhaber Johann Schulz seinen Namen auf die Rückseite des Wechsels zu einem Blankoindossament zu schreiben habe, wozu Doser durch die noch ersichtliche Bleistiftlinie die Stelle andeutete. Am 29. Januar brachte Förter dem Doser den Wechsel wieder mit dem als Blankoindossament über die Bleistiftlinie geschriebenen

[3]) L. 213 §. ult. Dig. de V. S. (50 16). Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.

[4]) L. 223 eod. Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.

Digitized by Google

Namen „Johannes Schultz," worüber Doser sodann durch seinen Bruder, welcher Gehilfe in seinem Handelsgeschäft ist, die Formel des Indossaments zum Inkasso schreiben ließ. Doser behielt den Wechsel bei Handen und fragte vorerst brieflich bei der bezogenen Firma Phil. Nik. Schmidt in Frankfurt über zu erwartende Annahme des Wechsels an, welche ihm mit Brief vom 1. Februar für den Fall in Aussicht gestellt wurde, daß Unterschrift und Giro des Wechsels in Ordnung gefunden werden. Hierauf indossirte Doser den Wechsel am 8. Februar an M. Ederheimer in Frankfurt, mit welcher Firma er in Geschäftsverbindung steht, mit dem Beisatz „Werth in Rechnung." [*])

Auf diesem Wege wurde der Wechsel von Phil. Nik. Schmidt bei Ederheimer eingelöst und vollständig ausbezahlt, worauf Doser von Ederheimer den vollen Wechselbetrag theils gutgeschrieben theils baar ausgefolgt erhielt. Abzüglich der Portoauslagen und Einzugsprovision mit $^3/_4$ pCt. zusammen mit 6 fl. 5 kr., hat Doser sodann dem Bureaudiener Förter den Betrag von 506 fl. 25 kr. eingehändigt.

Die Entscheidungsgründe zu dem das Urtheil zweiter Instanz bestätigenden oberhofgerichtlichen Urtheil vom 6. März 1869 lauten, wie folgt:

„Die gegen das Urtheil des Appellationssenats ergriffene Berufung des Beklagten stellt sich als unbegründet dar.

Was zunächst die Sachberechtigung des Klägers betrifft, so kann dieselbe mit Grund nicht beanstandet werden. Ohne Zweifel würde dem Anton Wegmann, welchem der Aussteller Schuchard und Sons den Wechsel zur Absendung an den Remittenten überlieferte, Behufs der Wiedererlangung des von ihm zur Post gegebenen und daselbst verloren gegangenen Wechsels nach Art. 74 der W.O. die Vindikationsklage zustehen. Wenn nun auch nicht anzunehmen ist, daß der Kläger, als Gläubiger Wegmanns, die diesem zustehende Vindikationsklage auf Grund des L.R.S. 1166 ohne Weiteres selbst anstellen kann, sondern daß derselbe hiezu einer vorausgegangenen Ausklagung seines Schuldners, beziehungsweise der Einwilligung desselben oder der gerichtlichen Ermächtigung bedarf, so gebricht es an einem dieser Erfordernisse im vorliegenden Falle keineswegs. Nachdem nämlich die im Dezember 1866 von Louisville an den Kläger abgegangene Wechselprima nicht in dessen Hände gelangt, sondern unter Wegs abhanden gekommen war, übersendete Wegmann mit Schreiben vom 18. Februar 1867 die Sekunda und mit einem späteren Schreiben auch die Tertia, damit derselbe seine Rechte, die ihm aus dem Wechsel als dem darin bezeichneten Remittenten zustehen, geltend machen könne; dazu kommt, daß Wegmann in einer am 17. April vor dem Notar abgegebenen Erklärung den Kläger ausdrücklich auf den gerichtlichen Weg verweist, so daß Kläger durch den Besitz zweier Wechselexemplare und jene notarielle Erklärung seines Schuldners zur Erhebung der auf Art. 74 der Wechselordnung gestützten Klage genügend als legitimirt erscheint.

Es kann aber auch mit Grund nicht bezweifelt werden, daß der nach Art. 74 der Wechselordnung zur Herausgabe des Wechsels Verpflichtete, wenn er denselben bereits weiter begeben oder eingelöst hat, auf Ersatz der Wechselsumme belangt werden kann. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 74 ergibt sich, daß durch die eingeräumte Vindicationsbefugniß dem Klagberechtigten nicht sowohl das Eigenthum an dem Wechselpapier, als vielmehr das auf den rechtmäßigen Besitz des Wechsels gegründete Forderungsrecht gewahrt werden soll. Kann von dem verpflichteten Beklagten das mit der Wechselurkunde verbundene Recht dem Klagberechtigten nicht mehr durch Auslieferung des Wechsels verschafft werden, weil der Wechsel eingelöst und dadurch das wechselmäßige Obligationsverhältniß durch Erfüllung erloschen, der bloße Besitz der quittirten Wechselurkunde daher für den Kläger werthlos geworden ist, so muß er ihm in anderer Weise gerecht sein, und es muß hiernach die ursprüngliche, noch fortdauernde, aber nicht mehr erfüllbare Verbindlichkeit nach der Sachlage modifizirt werden, so daß der Beklagte nach den S.S. 1136. 1142. 1149 ff., 1383 des Landrechts, welches, da hier eigenthümliche Grundsätze des Wechselrechts nicht entgegenstehen, zur Ergänzung des Art. 74 der allgemeinen deutschen W.O. ebenfalls Anwendung findet, nunmehr mittelst der eingeklagten Wechselsumme dasjenige vergüten muß, was er mittelst Auslieferung des Wechsels, als des Repräsentanten jener Summe, zu leisten sich selbst außer Stand gesetzt hat.

Endlich ist auch anzunehmen, daß dem Beklagten bei

---

[*]) Die weitere Begebung des Wechsels durch den Beklagten in der Form eines eigentlichen Indossaments ist statthaft, gilt aber ebenfalls nur für ein Prokura — (Einkassierungs-) Indossament. Art. 17 der W.O., Thöl, a. a. O. 388, Hoffmann, a. a. O. S. 268.

Digitized by Google

Erwerbung des fraglichen Wechsels eine grobe Fahrläſſigkeit im Sinne des §. 74 der W.O. zur Laſt fällt. Er hat nämich die ihm hiebei obgelegene Vorſicht nicht beobachtet, ſondern ſie in auffallender Weiſe bei Seite geſetzt. Eine Erkundigung hat er nur nach einer Richtung angeſtellt, indem er bei dem Bezogenen anfragte, ob der Wechſel von ihm eingelöst werde, alſo eine Erkundigung lediglich in ſeinem eigenen Intereſſe, und bei der Bejahung dieſer Anfrage hat er ſich ſodann beruhigt. Dagegen hat er eine Prüfung der thatſächlichen Verhältniſſe im Intereſſe anderer Wechſelbetheiligter gänzlich unterlaſſen und in dieſer Beziehung die gewöhnlichſten Vorſichtsmaaßregeln außer Acht gelaſſen. Den angeblich berechtigten Wechſelinhaber, von welchem er ſeinen Erwerb herleitet, hat er nie geſehen und nicht gekannt, ihn auch nicht zu ſehen und kennen zu lernen geſucht. Daß der damalige von Förter beſchriebene Inhaber — ſeine Exiſtenz vorausgeſetzt — der im Wechſel als Remittent bezeichnete Johann Schulz ſei, dafür hatte der Beklagte durchaus keinen Anhalt, da er ſich nicht einmal durch Abforderung von Legitimationspapieren, was durch den Unterhändler Förter geſchehen konnte, oder auf andere Weiſe darüber einigermaaßen zu verläſſigen geſucht hat. Ebenſo verlangte er in Betreff der behaupteten Vollmacht Förters keinen näheren, namentlich ſchriftlichen Nachweis, weder darüber, daß derſelbe überhaupt bevollmächtigt war, noch darüber, daß er von dem Berechtigten, dem wahren Johann Schulz, bevollmächtigt und der Inhalt der Vollmacht ſo, wie Förter angab, beſchaffen war. Dabei kommt in Betracht, daß die ganze Erzählung Förters über die Art und Weiſe, wie er in den Beſitz des Wechſels gekommen, an ſich ſo wenig glaublich iſt, daß der Beklagte dadurch allein unmöglich davon überzeugt werden oder auch nur mit einiger Wahrſcheinlichkeit annehmen konnte, der Wechſel werde ihm vom wahren Eigenthümer angeboten. Jene Angaben mußten vielmehr bei ihm, der Kaufmann iſt, eine Auswandereragentur beſorgt und mit dem Wechſelgeſchäft, wie aus ſeinen deßfallſigen dem Förter ertheilten Belehrungen hervorgeht, im Allgemeinen bekannt iſt, nothwendig gegen Förter oder gegen den unbekannten Fremden erhebliche Zweifel über die Rechtmäßigkeit des Wechſelbeſitzes veranlaſſen, über welche er ſich nicht gleichgiltig hinwegſetzen durfte. Auffallend war es, daß dieſer Fremde einen mit einem Blankoindoſſament verſehenen Wechſel, ohne alle Sicherheit gegen einen möglichen Mißbrauch ſeines Vertrauens, einem ihm nicht näher bekannten Subalterndiener zur Verwerthung übergab, und zwar um ſo mehr, als derſelbe, zwiſchen Tuttlingen und Schaffhauſen häufig in Geſchäften hin- und herreiſend, in den genannten Städten, wo er als Geſchäftsmann bekannt ſein mußte, weit eher Gelegenheit hatte zu Erkundigungen über die Mittel und Wege, die zur Verſilberung eines Wechſels führen, als in dem kleinen, faſt alles Handelsverkehrs entbehrenden Engen. Dem Beklagten mußte es nothwendig verdächtig erſcheinen, daß der Fremde dieſen ungewöhnlichen und nach der eigenen Darſtellung des Beklagten mit ſo vielen Umſtändlichkeiten und Verzögerungen verbundenen Weg dem anderen zunächſt liegenden, ſchneller und bequemer zum Ziele führenden vorgezogen hat, ohne daß der Unterhändler Förter hiefür einen einleuchtenden Erklärungsgrund anzugeben vermochte, ſowie daß der Fremde bei Abſchließung eines Geſchäfts über die nicht unbeträchtliche Summe von 512 fl. 30 kr. immer in Eile hin- und herreiſte und niemals nur ſo viel Zeit finden konnte, um das Nöthigſte ſelbſt zu beſorgen, ſondern dazu ſich eines, keinerlei Garantie bietenden, Dritten bediente.

Alle Umſtände, unter welchen hiernach der Beklagte den Wechſel erwarb, mußten bei ihm bei Anwendung nur einiger Aufmerkſamkeit den Verdacht hervorrufen, daß der Inhaber des Wechſels nicht deſſen rechtmäßiger Eigenthümer ſei, und ehe er daher den Wechſel, wenn auch nur zur Einkaſſirung, auf ſich übertragen ließ, mußte er ſich, um ſich vor dem Vorwurf grober Fahrläſſigkeit ſicher zu ſtellen, veranlaßt ſehen, darüber, ob jener Fremde auch wirklich exiſtire und ob er als Inhaber des Wechſels der wirkliche Eigenthümer ſei, ſich die erforderliche Gewißheit zu verſchaffen. Da der Beklagte in dieſer Hinſicht keine Schritte gethan und dem Unterhändler Förter ohne allen objectiven Haltpunkt auf bloſe mit Nichts unterſtützte Verſicherungen ſein Vertrauen geſchenkt hat, ſo handelte er bei dem Erwerb des Wechſels ſehr unvorſichtig und in grob fahrläſſiger Weiſe, wodurch er die von dem unrechtmäßigen Wechſelbeſitzer ausgeführte Betrügerei möglich gemacht hat, daher er nach Art. 74 der W.O. in Verbindung mit den L.R.S.S. 2279. 1136. 1149 ff., 1383 dem wirklich Berechtigten verantwortlich iſt.

Aus dieſen Gründen ꝛc.“ Selb.

Digitized by Google

72.

Ein Wasserleitungsrecht wird nicht blos dadurch verletzt, daß ein Theil des Wassers der Leitung unmittelbar entzogen wird, sondern auch dadurch, daß Wasser, bevor es in die Leitungsvorrichtung einläuft, abgeleitet wird.

Der Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist im Interesse der bessern Cultur desselben nicht zur Beeinträchtigung der Wasserleitung, sondern nur etwa zur Herbeiführung einer unschädlichen Modifikation derselben berechtigt.

In Sachen
der Fürstlichen Standesherrschaft von der Leyen zu Dautenstein, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin, Cooberappellantin
gegen
den großh. Domänenfiskus, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten, Cooberappellaten,
Dienstbarkeit und Entschädigungsforderung betreffend.

In der Klage behauptete die klagende Standesherrschaft, daß ihr — als Eigenthümerin des Dautensteiner Schlosses — das Recht zustehe, das Quellwasser, welches sich in einer Brunnenstube sammelt, die 1500 Fuß vom Schloß entfernt, auf der Grenze zwischen einer ihr und einer dem Beklagten gehörigen Matte, der sogenannten Brunnenstuben-Matte, liegt, für den im Hofe jenes Schlosses stehenden Röhrbrunnen zu beziehen. Sie behauptete ferner, daß der Beklagte im Herbst 1864 seinen Antheil an jener Matte habe drainiren lassen, und daß sich in Folge dessen der Wasserspiegel in der Brunnenstube um 2—3 Fuß gesenkt habe, und nun dem Brunnen im Schloßhof nicht mehr das nöthige Wasser zufließen könne. Sie begehrte daraufhin, daß der Beklagte Einrichtungen treffe, wodurch dem Brunnen wieder eine hinreichende Menge Wassers zugeleitet werden könne, und daß er ihr den Schaden ersetze, welcher für sie aus einer Verzögerung in der Herstellung solcher Einrichtungen entstehe.

Diese Klage wurde vom Gericht erster Instanz abgewiesen, indem dasselbe annahm, daß wenn auch das von der Klägerin beanspruchte Wasserleitungsrecht bewiesen, doch der Causalzusammenhang zwischen der Drainirung der Matte des Beklagten und zwischen dem Herabsinken des Wasserspiegels in der Brunnenstube und der Verminderung des Wasserzuflusses zum Schloßbrunnen nicht bewiesen sei.

Das Gericht zweiter Instanz hielt dagegen auch Letzteres auf Grund eines von Sachverständigen erhobenen Gutachtens für erwiesen, verurtheilte aber den Beklagten nicht durchweg nach dem Antrag der Klage, gab ihm vielmehr nach den Vorschlägen, welche die Sachverständigen gemacht hatten, auf, die Brunnenstube in anderer Weise einzurichten, sowie an einem Theil der Drainage eine Veränderung vorzunehmen, und verurtheilte ihn überdies, den der Klägerin aus der Verzögerung dieser Arbeiten seit der Klagzustellung erwachsenen Schaden zu ersetzen.

Durch dieses Urtheil erachteten sich beide Parteien für beschwert, — die Klägerin, weil ihrem Klagbegehren nicht vollständig entsprochen, — der Beklagte, weil dasselbe nicht gänzlich abgewiesen worden sei.

Das großh. Oberhofgericht erkannte die Beschwerde der Klägerin als begründet, und daher diejenige des Beklagten als unbegründet, und sprach in seinem Urtheil vom 30. Januar 1868 aus:

„das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg, Appellationssenat, vom 24. Mai 1867 sei dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern:

der Beklagte, großh. Domainenfiskus, sei, unter Verfällung in die Kosten aller drei Instanzen, schuldig, innerhalb 3 Monaten bei Zwangsvermeiden solche Einrichtungen zu treffen, daß aus der in der Klage bezeichneten, theilweise auf der domainenärarischen Wiese gelegenen Brunnenstube dem vorhandenen Röhrbrunnen auf dem fürstlich von der Leyen'schen Schloßhofe zu Dautenstein wieder eine zureichende Menge Wassers zufließe und er solches fortwährend auszugießen vermöge; auch sei der Beklagte schuldig, von Zustellung der Klage an jeden aus der verzögerten Herrichtung entstehenden Schaden, vorbehaltlich der Liquidation, zu vergüten."

Entscheidungsgründe:

2c. Daß die Klage rechtlich zulässig ist, kann nach Ansicht der L.R.S. 701 und 1145 keinem Zweifel unterliegen. Die in ihr vorgetragenen Thatsachen sind zwar größtentheils bestritten, aber nach dem Ergebniß der Verhandlungen als erwiesen anzusehen.

Digitized by Google

Nach den in erster Instanz produzirten Inventur- und Versteigerungsakten und nach dem in zweiter Instanz abgelegten Geständniß des Beklagten gehörte das Dautensteiner Schloßgut nebst der Brunnenstuben-Matte bis zum Jahr 1810 oder 1812 der klagenden Standesherrschaft und ging dann durch Kauf auf Geheimerath v. Schmidt über. Nach dem Tode des Letztern wurden im Jahr 1829 die zu seinem Nachlaß gehörigen Liegenschaften einer Versteigerung ausgesetzt und dabei unter anderm die Bestimmung getroffen, daß der Steigerer der Brunnenstuben-Matte für sich und seine Nachfolger die Verbindlichkeit zu übernehmen habe, die Brunnenleitung, wodurch das Quellwasser aus der — dem Eigenthümer des Schloßbrunnens gehörigen — Brunnenstube eben diesem Brunnen zugeführt werde, ungestört und ohne die geringste Beeinträchtigung der ausschließlichen Benützung der Quelle fernerhin fortbestehen zu lassen, die Quelle nie zu einem andern Gebrauch zu verwenden, auch keine neue Brunnenleitung in der Matte anzulegen, wodurch die bestehende Leitung geschwächt oder sonst beeinträchtigt würde.

In Folge der Versteigerung gelangten die zum Schloß gehörigen Gebäulichkeiten und die Brunnenstuben-Matte in verschiedene Hände. Im Jahr 1837 wurde aber das ganze Schloß nebst einem Theil der Matte wieder von der klagenden Standesherrschaft erworben, während der andere Theil der Matte auf den Beklagten überging. Da hiernach die Rechtsvorfahrer des Letztern bei Ersteigerung der Matte im Jahr 1823 für sich und ihre Nachfolger die Verbindlichkeit eingegangen waren, die Wasserleitung aus der Brunnenstube nach dem Schloßbrunnen fortbestehen zu lassen, so muß auch der Beklagte diese Dienstbarkeit anerkennen, gleichviel, ob dieselbe zum Grundbuch eingetragen ist oder nicht.

Er hat zwar eingewendet, daß jenes Versteigerungsgeding, als von der Klägerin erst in der Beweisinstanz geltend gemacht, nicht mehr berücksichtigt werden dürfe, und es haben dies auch die Gerichte der vordern Instanzen angenommen, weil in der Klage nur behauptet gewesen sei, daß, als die Klägerin im Jahr 1837 das Schloß und einen Theil der Brunnenstuben-Matte wieder an sich brachte, das Brunnenrecht im Grundbuch angeführt und gewährt worden sei. Allein in der Klagschrift war auch behauptet, daß bei den jeweiligen Eigenthumsübergängen die Brunnenstube „als eine Last des Eigenthums" stets erwähnt worden sei, m. a. W. geltend gemacht, daß jeder Erwerber der Brunnenstuben-Matte die Verbindlichkeit, die Wasserleitung bestehen zu lassen, übernommen, beziehungsweise anerkannt habe. War gleich hiernach die Behauptung einer vertragsmäßigen Bestellung der Dienstbarkeit anfänglich in thatsächlicher Beziehung nicht näher begründet, so lag immerhin dem Gerichte ob, eine nachträgliche Begründung derselben zu verlangen (§. 276. 1000 der Pr.O.) — und, hat die Klägerin eine solche ohne richterliche Aufforderung in der Beweisinstanz nachgebracht, so hat sie keinen neuen Klaggrund nachgeschoben, sondern nur einen schon vorgebrachten in zulässiger Weise (§. 253 der Pr.O.) erläutert und ergänzt.

Es stehen ihr übrigens noch andere, auch von den Gerichten der vordern Instanzen anerkannte Rechtstitel zur Seite.

Durch eine Reihe von Zeugen ist nämlich bestätigt, daß die Brunnenstube schon im Anfang dieses Jahrhunderts bestand, und daß das Wasser, welches sich in ihr sammelte, anfänglich nach dem am Weg vor dem Schloß stehenden und nachher, nämlich in den 1820r Jahren, auch nach dem damals im Schloßhof errichteten Brunnen geleitet wurde, wie denn auch in den oben angeführten Inventurakten von 1823 ausdrücklich „der laufende Brunnen im Hofe" des Schlosses — „der in der Mitte des Hofs befindliche Brunnen" — als derjenige bezeichnet wird, welcher sein Wasser aus der Brunnenstube beziehe.

Bestand hiernach die Wasserleitung schon zu der Zeit, als das Schloß und die Brunnenstuben-Matte Einem Herrn, dem Geheimerath v. Schmidt, gehörten, — und war sie nicht allein ohne menschliches Zuthun im Gang zu erhalten, sondern auch durch die sichtbare, zur Ansammlung von Wasser bestimmte Brunnenstube mit ihrem dem Schlosse zugewendeten Ausflußrohr, sowie durch die bei jeder Reparatur der Leitung offen gelegenen Deicheln angezeigt, stellte sie folglich eine Einrichtung dar, die, wenn Matte und Schloß verschiedenen Herrn gehört hätten, das Zeichen einer offenen, ständigen Dienstbarkeit gewesen sein würde, so hat dieses Verhältniß nach L.R.S. 692. 693 auch zu jetziger Zeit, in welcher das Schloß und ein Theil der Matte verschiedenen Herrn gehören, noch in derselben Weise, wie vor dem Jahr 1823 fortzudauern. Ist ferner durch die nämlichen Zeugen erwiesen, daß nicht allein die Einrichtung schon seit länger als 30 Jahren besteht, sondern auch, daß der

Digitized by Google

Schloßbrunnen in derſelben Zeit fortwährend und ohne irgend eine Einſprache oder Störung von Seiten der Eigenthümer der Matte aus der Brunnenſtube geſpeiſt wurde, ſo ſteht der Klägerin das angeſprochene Waſſerleitungsrecht auch auf Grund des L.R.S. 642 — kraft Erſitzung — zu, und kann ſie darnach verlangen, daß ihrem Brunnen fernerhin die nämliche Quantität Waſſer zugeleitet werde, die ihm während jener 30 Jahre zufloß. Dabei iſt es gleichgiltig, ob das Waſſer in der Brunnenſtube als eine natürliche Quelle oder als ein auf künſtlichem Wege zu Tage gefördertes ſogenanntes Horizontalwaſſer anzuſehen iſt. Denn, ſcheint auch der L.R.S. 642 nach ſeinem Zuſammenhang mit L.R.S 641 lediglich von Quellwaſſer zu ſprechen, ſo enthält ſeine Beſtimmung doch nur eine Anwendung des im L.R.S. 690 ausgeſprochenen allgemeinen Princips.

Iſt nach dem Bisherigen erwieſen, daß der Klägerin das angeſprochene Waſſerleitungsrecht zuſteht, ſo fragt es ſich weiter, ob daſſelbe vom Beklagten dadurch beeinträchtigt wurde, daß er, wie von ihm zugegeben iſt, ſeine Matte drainiren ließ. Bei Beantwortung dieſer Frage kommt in Betracht, daß jenes Recht, — ſoll es ſich nicht als ein rein illuſoriſches darſtellen — nicht bloß in dem Falle als verletzt erſcheinen muß, wenn der Beklagte der Brunnenſtube einen Theil des Waſſers auf direktem Wege entzog, ſondern auch dann, wenn dies indirekt, alſo dadurch geſchah, daß Waſſer, welches früher der Brunnenſtube zufloß oder den Zufluß von anderem Waſſer dahin beförderte, nach einer andern Seite abgeleitet wurde. (Vergl Sirey, 1860 I. S. 369; Demolombe VI. (XII.) No. 892. 891.)

Deßhalb wurde denn auch im Jahr 1823 den Steigerern der Brunnenſtuben-Matte nicht nur aufgegeben, die Waſſerleitung fortbeſtehen zu laſſen, ſondern auch verboten, andere Waſſerleitungen auf der Matte anzulegen, überhaupt die beſtehende auf irgend eine Art zu ſchwächen ꝛc. — Wäre überflüſſiges Waſſer vorhanden, ſo könnte ſich die Klägerin, deren Recht nicht weiter reicht, als ihr Intereſſe, allerdings nicht beſchweren, wenn der Beklagte einen Theil davon abgeleitet hätte; aber dieſer Fall liegt nicht vor, da aus den Zeugenausſagen zu entnehmen iſt, daß beſonders bei trockenem Wetter der Schloßbrunnen, wenn auch nicht verſiegte, doch ſchwächer lief, — keinen vollen Strahl ausgoß. Die Klägerin darf daher ihr Waſſerleitungsrecht als verletzt anſehen, wenn der Beklagte eine Einrichtung getroffen hat, welche bewirkt, daß dem Schloßbrunnen bei trockenem Wetter noch weniger Waſſer zufließt, als früher, — und ſie darf dies, ungeachtet der Beklagte die Einrichtung nur im Intereſſe einer beſſern Kultur ſeiner Matte traf. Denn ihr Recht kann um dieſes Intereſſes willen keine Verkürzung, vielmehr höchſtens eine unſchädliche Modifikation erleiden, wie ſolche der L.R.S. 701 Abſ. 3 nach der ihm von der Wiſſenſchaft gegebenen Auslegung zu Gunſten des Eigenthümers eines dienſtbaren, der Verbeſſerung bedürftigen Grundſtücks, erlaubt. (Demolombe VI. (XII.) No. 901, Aubry et Rau II. §. 254 S. 570, Dalloz, Bd. 40 s. v. „Servitude“ No. 1179). — Daß nun die Drainirung der Brunnenſtuben-Matte in der That eine Verminderung des Waſſerzufluſſes zum Schloßbrunnen zur Folge hatte, iſt durch das erhobene Gutachten und durch die Ausſagen der vernommenen Zeugen erwieſen. Die Sachverſtändigen erklären nämlich zwar, die Drainröhren führten hauptſächlich nur dasjenige Waſſer ab, welches früher in den obern Schichten des Wieſenbodens ſtagnirt habe, oder oberflächlich abgefloſſen ſei; nur ein kleiner Theil derſelben leite aus der mit der Brunnenſtube in Verbindung ſtehenden Kiesſchichte Waſſer nach der Schutter ab, und die Menge dieſes Waſſers ſei ſo unbedeutend, daß ſie im vorliegenden Rechtsſtreit kaum in Betracht komme, oder daß — wie es an einer andern Stelle des Gutachtens heißt — von irgend einem erheblichen Nachtheil für die Brunnenleitung kaum die Rede ſein könne, allein, geben ſie ſchon hiermit wenigſtens ſo viel zu, daß die Drainage für die Brunnenleitung nicht völlig unerheblich ſei, ſo erklären ſie auch weiter, daß durch dieſelbe das Grundwaſſer, welches die Brunnenſtube geſpeiſt habe, an Druck verloren und in Folge deſſen der Waſſerſpiegel in der Brunnenſtube ſich geſenkt, und zwar, wie faſt mit Gewißheit anzunehmen ſei, um 3—4 Zoll geſenkt habe. Hat er ſich aber in Folge der Drainage — und wäre es auch nur um 1 Zoll — geſenkt, ſo iſt dies ſchon von Erheblichkeit. Die Sachverſtändigen nahmen bei ihren Unterſuchungen im Sommer und Herbſt 1866 ſelbſt wahr, daß der Waſſerſpiegel damals faſt bis zur Hälfte der ohngefähr 7 Zoll weiten Ausflußröhre der Brunnenſtube reichte. Darnach mußte, wenn er nur 1 Zoll höher ſtand, ſchon bedeutend mehr Waſſer dem Schloßbrunnen zufließen, und wenn er noch 3 Zoll höher ſtand, die Brunnenröhre einen vollen Strahl ausgießen. Es genügt daher ſchon an dem, von den Sachverſtändi-

Digitized by Google

gen mit Bestimmtheit bestätigten Umstand, daß der Wasserspiegel in Folge der Drainage gesunken ist, um das klägerische Dienstbarkeitsrecht als durch deren Vornahme beeinträchtigt anzusehen. Daß sie den Wasserzufluß nach dem Brunnen verminderte, läßt sich übrigens auch aus den erhobenen Zeugenaussagen schließen, da nach ihnen der Schloßbrunnen in den letzten 30—40 Jahren, selbst in den trockensten Jahreszeiten niemals vollständig versiegt war, während der Beklagte in seiner Vernehmlassung vom Dezember 1865 zugeben mußte, daß der Brunnen seit Frühjahr 1865 gar nicht mehr fließe, obgleich die Drainröhren nie zu fließen aufgehört hätten.

Der Beklagte hat zwar geltend gemacht, daß der Zustand der Wasserleitung möglicherweise durch Verschulden der Klägerin verschlimmert worden sei, indem Letztere die Brunnenstube habe herausnehmen und wiederaufführen lassen. Allein diese Einwendung kann — abgesehen davon, daß mit ihr eine Verschlimmerung des Zustands nicht bestimmt behauptet, sondern nur als möglich dargestellt wurde, — schon deßhalb keine Berücksichtigung finden, weil Beklagter nicht angab, daß die Wiederaufführung der Brunnenstube in anderer Weise geschah, daß z. B. das Ausflußrohr höher angebracht worden sei, als es früher der Fall war. Uebrigens war nach Angabe der Zeugen das Wasser in der Brunnenstube schon vor deren Reparatur im Sommer 1865 1 bis 1½" unter das Ausgußrohr gefallen. —

Ist nach dem Bisherigen die Klägerin durch die Drainage in ihrem Rechte beeinträchtigt, und hätte sie daher verlangen können, daß der frühere Zustand der Brunnenstuben-Matte wiederhergestellt werde, soweit dies nöthig ist, damit ihrem Brunnen die nämliche Quantität Wasser wieder zufließe, welche ihm früher zufloß, so muß ihr in der Klage gestelltes Begehren, wornach dem Beklagten anheimgegeben ist, die Zuleitung einer hinreichenden Menge Wassers auch auf anderm Wege, als durch Entfernung der Drainage zu bewirken, um so mehr als gerechtfertigt erscheinen.

Die Sachverständigen hatten nun auch in einem Anhang zu ihrem Gutachten die einzelnen Arbeiten, durch deren Vornahme die Wasserleitung ohne Entfernung der Drainage wiederhergestellt werden könne, näher bezeichnet, und es hat darauf, wie oben bemerkt, das Gericht zweiter Instanz dem Beklagten die Auflage gemacht, gerade diese Arbeiten vorzunehmen. Ihre Spezialisirung wird aber jetzt nicht allein von der Klägerin, sondern auch vom Beklagten angefochten, indem Letzterer geltend macht, daß die Arbeiten zum Theil unzweckmäßig seien, und daß ihm zufolge des Klagantrags überlassen bleiben müsse, statt ihrer andere, dem Zweck besser entsprechende Einrichtungen zu treffen. — Unter diesen Umständen, und da in der That kein rechtlicher Grund vorhanden ist, welcher eine Beschränkung des allgemein gefaßten Klagbegehrens als geboten erscheinen ließe, mußte dem Letztern vollständig stattgegeben und sonach, wie nach Ansicht des §. 170 der Pr.O. erkannt werden, wie geschehen. Red.

74.

Anfechtung einer Liegenschaftszwangsversteigerung wegen Nichtigkeit des Verfahrens auf Grund §. 930 Abs. 3, §§. 934. 936. 940 der Pr.O. und §. 117 der Dienstord., §§. 943. 945. 137 Ziff. 1 941 der Pr.O.

J. S. Wolf Eheleute gegen Ziegler hatte der klägerische Anwalt als Gründe der Nichtigkeit der unterm 20. Februar 1868 abgehaltenen Versteigerung des Wohnhauses geltend gemacht:

1) daß der Vollstreckungsbeamte statt zur anberaumten Stunde um 9 Uhr, erst um ¾ nach 9 Uhr im Locale der Versteigerung sich eingefunden, —
2) erst hier die Versteigerungsbedingungen entworfen, —
3) das fragliche Wohnhaus nach dem Schluß der Versteigerung wiederholt dem Verkaufe ausgesetzt und zum Schätzungspreis zugeschlagen, — endlich
4) Die R. Wittwe, die für ihren Sohn das Haus steigern wollte, ihres präsumtiven Auftrags ungeachtet als Steigerin nicht zugelassen habe. —

Das großh. Kreisgericht Baden hat sich in den Entscheidungsgründen zu seinem die Klage abweisenden, rechtskräftig gewordenen Urtheile vom 13. Oktober v. J., No. 3860, welche hier im Auszug folgen, über den Einfluß der angegebenen Nichtigkeitsgründe auf die Gültigkeit der Versteigerung im Allgemeinen und für vorliegenden Fall mit besonderer Rücksicht auf das Ergebniß der Beweiserhebungen folgendermaßen ausgesprochen:

Gemäß §. 92 der Not.Ord. sind die Zwangsversteigerungen mit Bestimmtheit bestätigten Umstand, daß der Wasserspiegel in Folge der Drainage gesunken ist, um das klägerische Dienstbarkeitsrecht als durch deren Vornahme beeinträchtigt anzusehen. Daß sie den Wasserzufluß nach dem Brunnen verminderte, läßt sich übrigens auch aus den erhobenen Zeugenaussagen schließen, da nach ihnen der Schloßbrunnen in den letzten 30—40 Jahren, selbst in den trockensten Jahreszeiten niemals vollständig versiegt war, während der Beklagte in seiner Vernehmlassung vom Dezember 1865 zugeben mußte, daß der Brunnen seit Frühjahr 1865 gar nicht mehr fließe, obgleich die Drainröhren nie zu fließen aufgehört hätten.

Der Beklagte hat zwar geltend gemacht, daß der Zustand der Wasserleitung möglicherweise durch Verschulden der Klägerin verschlimmert worden sei, indem Letztere die Brunnenstube habe herausnehmen und wiederaufführen lassen. Allein diese Einwendung kann — abgesehen davon, daß mit ihr eine Verschlimmerung des Zustands nicht bestimmt behauptet, sondern nur als möglich dargestellt wurde, — schon deßhalb keine Berücksichtigung finden, weil Beklagter nicht angab, daß die Wiederaufführung der Brunnenstube in anderer Weise geschah, daß z. B. das Ausflußrohr höher angebracht worden sei, als es früher der Fall war. Uebrigens war nach Angabe der Zeugen das Wasser in der Brunnenstube schon vor deren Reparatur im Sommer 1865 1 bis 1½" unter das Ausgußrohr gefallen. —

Ist nach dem Bisherigen die Klägerin durch die Drainage in ihrem Rechte beeinträchtigt, und hätte sie daher verlangen können, daß der frühere Zustand der Brunnenstuben-Matte wiederhergestellt werde, soweit dies nöthig ist, damit ihrem Brunnen die nämliche Quantität Wasser wieder zufließe, welche ihm früher zufloß, so muß ihr in der Klage gestelltes Begehren, wornach dem Beklagten anheimgegeben ist, die Zuleitung einer hinreichenden Menge Wassers auch auf anderm Wege, als durch Entfernung der Drainage zu bewirken, um so mehr als gerechtfertigt erscheinen.

Die Sachverständigen hatten nun auch in einem Anhang zu ihrem Gutachten die einzelnen Arbeiten, durch deren Vornahme die Wasserleitung ohne Entfernung der Drainage wiederhergestellt werden könne, näher bezeichnet, und es hat darauf, wie oben bemerkt, das Gericht zweiter Instanz dem Beklagten die Auflage gemacht, gerade diese Arbeiten vorzunehmen. Ihre Spezialisirung wird aber jetzt nicht allein von der Klägerin, sondern auch vom Beklagten angefochten, indem Letzterer geltend macht, daß die Arbeiten zum Theil unzweckmäßig seien, und daß ihm zufolge des Klagantrags überlassen bleiben müsse, statt ihrer andere, dem Zweck besser entsprechende Einrichtungen zu treffen. — Unter diesen Umständen, und da in der That kein rechtlicher Grund vorhanden ist, welcher eine Beschränkung des allgemein gefaßten Klagbegehrens als geboten erscheinen ließe, mußte dem Letztern vollständig stattgegeben und sonach, wie nach Ansicht des §. 170 der Pr.O. erkannt werden, wie geschehen. Red.

74.

Anfechtung einer Liegenschaftszwangsversteigerung wegen Nichtigkeit des Verfahrens auf Grund §. 930 Abs. 3, §§. 934. 936. 940 der Pr.O. und §. 117 der Dienstord., §§. 943. 945. 137 Ziff. 1 941 der Pr.O.

J. S. Wolf Eheleute gegen Ziegler hatte der klägerische Anwalt als Gründe der Nichtigkeit der unterm 20. Februar 1868 abgehaltenen Versteigerung des Wohnhauses geltend gemacht:

1) daß der Vollstreckungsbeamte statt zur anberaumten Stunde um 9 Uhr, erst um ¾ nach 9 Uhr im Locale der Versteigerung sich eingefunden, —
2) erst hier die Versteigerungsbedingungen entworfen, —
3) das fragliche Wohnhaus nach dem Schluß der Versteigerung wiederholt dem Verkaufe ausgesetzt und zum Schätzungspreis zugeschlagen, — endlich
4) Die R. Wittwe, die für ihren Sohn das Haus steigern wollte, ihres präsumtiven Auftrags ungeachtet als Steigerin nicht zugelassen habe. —

Das großh. Kreisgericht Baden hat sich in den Entscheidungsgründen zu seinem die Klage abweisenden, rechtskräftig gewordenen Urtheile vom 13. Oktober v. J., No. 3860, welche hier im Auszug folgen, über den Einfluß der angegebenen Nichtigkeitsgründe auf die Gültigkeit der Versteigerung im Allgemeinen und für vorliegenden Fall mit besonderer Rücksicht auf das Ergebniß der Beweiserhebungen folgendermaßen ausgesprochen:

Gemäß §. 92 der Not.Ord. sind die Zwangsversteigerungen

Digitized by Google

gerungen nach Maaßgabe der Dienstordnung vom 25./11. 1851 und beziehungsweise §. 924 ff. der Pr.O. zu vollziehen.

Aus §. 856. 949 der Pr.O. und L.R.S. 6 k ergibt sich im Hinblick auf die wichtigen Folgen einer Zwangsliegenschaftsversteigerung für die Betheiligten von selbst der allgemeine Grundsatz, daß, wie einestheils nur erhebliche, den Zweck des Verfahrens in Frage stellende Mängel die Richtigkeit der Versteigerung begründen können, so anderntheils die Beurtheilung über deren Erheblichkeit nach allen Umständen des concreten Falles zu bemessen ist. [1]) — . . . 2c.

Zuvörderst ist hier im Allgemeinen hervorzuheben, daß über den Verlauf des Versteigerungsgeschäftes ein Protocoll vorschriftsgemäß aufgenommen wurde, welches als öffentliche Urkunde seinen Inhalt vollständig in dem Grade beweist, daß die direct gegen das darin Beurkundete gerichteten Behauptungen nur mittelst des Beweises der in unserem Falle nicht behaupteten Falschheit oder Verfälschung der Urkunde dargethan werden können (wogegen allerdings eine Ergänzung des Inhalts durch anderweite Beweismittel nicht ausgeschlossen ist), daß aber diese Vollstreckungsacten keinerlei Beweis für die behaupteten Mängel enthalten.

§. 418 der Pr.O.

2c. Zu 1) Das verspätete Erscheinen des Vollstreckungsbeamten [2]) ist großentheils Folge der verschiedenen Gangart der Uhren und hatte keinen schädlichen Einfluß auf die Steigerung des Kaufpreises, da kein Steigerungsliebhaber sich vor Beginn der Versteigerung etwa wieder entfernt hatte. 2c.

Uebrigens dürfte die stricte Anwendung des zunächst für das Prozeßverfahren gegebenen singulären §. 191 der Pr O. überhaupt manchen Bedenken unterliegen [3]).

Zu 2) . . . Eine solche Ordnungswidrigkeit kann allerdings unter Umständen, z. B. wenn Einem der Betheiligten dadurch die Wahrung seiner nach §. 937 der Pr.O. ihm zustehenden Rechte wirklich entzogen oder verkümmert worden wäre, Nichtigkeit begründen.

Daß irgend ein Betheiligter vor der Versteigerungstagfahrt auch nur Einsicht von den Versteigerungsbedingungen nehmen wollte, ist nicht behauptet, vielmehr ergibt sich aus dem Versteigerungsprotokolle in Verbindung mit den damit im Einklang stehenden Aussagen der Zeugen, daß die vom Notar entworfenen Versteigerungsbedingungen in der Tagfahrt den Betheiligten eröffnet, von ihnen nicht beanstandet und theilweise ergänzt wurden, Vorgänge, welche die vollständige Heilung des fraglichen Mangels nothwendig zur Folge haben.

Zu 3) Aus den Beweiserhebungen . . . ergibt es sich, daß der Notar, nachdem außer fraglichem Hause sämmtliche Liegenschaften zugeschlagen waren, und er, dem Art. 10 der Versteigerungsbedingungen gemäß, schließlich sämmtliche Liegenschaften zum Klumpenverkauf ausbieten wollte, auf Veranlassung einzelner Gläubiger, die den Notar darauf aufmerksam machten, daß ein Steigerungsliebhaber auf Haus und Reben da sei, diese Grundstücke nochmals zum Kaufe ausbot und beide dem Beklagten zugeschlagen hat, nachdem deren Schätzungspreis und bei den Reben im Concurrenzverkauf noch darüber erreicht war. Wenn mithin der Notar auch davon gesprochen hatte, daß Haus und Reben wiederholt einer Versteigerung ausgesetzt werden, so sagte er solches im Laufe der I. Versteigerung und zum Zweck der Belehrung über die gesetzlichen Vorschriften für den Fall, daß in der I. Tagfahrt der Anschlag nicht geboten wird und ebenso erfolgte das wiederholte Ausbieten des Hauses vor dem Schlusse dieser Tagfahrt.

Daß aber derselbe Gegenstand in derselben Tagfahrt nicht wiederholt zum Kaufe ausgeboten werden darf, diese an sich zweckwidrige Vorschrift findet sich nirgends aufgenommen.

Da überdies zur Zeit des wiederholten Ausbietens des Hauses noch sämmtliche Steigerungsliebhaber anwesend waren, . . . — die Concurrenz daher ungeschmälert fortbestanden hatte und die Gläubiger, mit Ausnahme des S. Wertheimer und Leo Wolf, mit dem wiederholten Ausbieten einverstanden waren, so ist die klägerische Behauptung, daß der Notar nach dem Schluß der I. Versteigerung sogleich die II. Versteigerung vornahm, beweislos geblieben.

Selbstverständlich mußte der Protest des S. Wertheimer und L. Wolf unter diesen Umständen gegen das gesetzlich vollkommen statthafte Verfahren des Notars bedeutungslos bleiben 2c.

---

[1]) Vergl. Siebet, Vorträge §. 46.

[2]) Nach dem Beweisergebnisse war er ½ nach 9 Uhr in dem Versteigerungslokal erschienen.

[3]) Jedenfalls war der Notar noch im Laufe der festgesetzten Stunde erschienen, Zachariä, C.R. I. §. 49.

Digitized by Google

Zu 4) Es ist zwar unbestritten, daß die R. Wittwe für ihren volljährigen abwesenden Sohn, unter Berufen auf einen angeblichen Brief desselben (den sie jedoch dem Notar nicht vorzeigte) auf das fragliche Haus bieten wollte. Dagegen ergibt sich aus den Aussagen . . . eines Theils, daß die R. Wittwe auf geeignetes Befragen des Notars weder in eigenem Namen steigern noch die Garantie für Genehmigung des Kaufs durch ihren Sohn übernehmen wollte, anderntheils aber, daß Anton Stolz nur für den Kaufschilling und für Nichts weiter, also weder für Genehmhaltung des Sohnes der Wittwe noch für die durch Nichtgenehmigung etwa entstehenden Unkosten ꝛc. die Bürgschaft zu übernehmen sich bereit erklärt hatte. . . .

Hiernach erscheint auch dieser Beschwerdepunkt als hinfällig selbst für den Fall, als man die Frage über Anwendung des §. 137 der Pr.O. auf Zwangsliegenschaftsversteigerungen bejaht, für deren Verneinung sich übrigens geltend machen läßt, daß die singulären Bestimmungen des §. 137 der Pr.O. über präsumtive Vollmacht nur auf das eigentliche Prozeßverfahren zu beschränken und aus nahe liegenden Gründen dort für einzelne vorläufige und oft sehr dringende Prozeßhandlungen sehr zweckentsprechend sind, daß dagegen bei den in ihren Folgen meist sehr wichtigen und länger vorausbekannten Zwangsverkäufen die allgemeinen Grundsätze des L.R.S. 1984 ff. und §. 40 des Gesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit (vergl §. 17 der Not.Ord.) in Anwendung kommen, welche ohne Unterscheidung bestimmen, daß sich der Bevollmächtigte bei Vornahme des Geschäfts über den empfangenen Auftrag auszuweisen hat. *)

Mit Verweisung der Betheiligten auf die dem L.R.S. 1997 entnommene etwaige Entschädigungsklage gegen den angeblich Bevollmächtigten wäre wenig oder nichts gewonnen, da wegen Mangels des Consenses im Fall der Nichtgenehmigung ein Kauf überhaupt nicht abgeschlossen, damit aber der Zweck des Zwangsverfahrens, durch wirklichen Verkauf eine rasche und sichere Ordnung und Klarheit in die schwebenden Schuldverhältnisse zu bringen, wesentlich beeinträchtigt würde ꝛc.

Pfeiffer, Kreisgerichtsrath.

*) Diese Ansicht ist wohl die allein richtige. D. E.

75.

Oberhofgerichtliche Entscheidungen nach dem Expropriationsgesetz.

1) Für die Nachtheile und Störungen, welche der Betrieb der durch die Abtretung eines Theils seines Eigenthums näher gerückten Eisenbahn dem Eigenthümer für den ihm bleibenden Theil seiner Liegenschaft bringt, gebührt demselben nach §. 29 des Expropriationsgesetzes Entschädigung.
2) Wann ist der in §. 32 des Expropriationsgesetzes vorgesehene Minderwerth zu vergüten?

In Sachen
der königlich württembergischen Eisenbahnbaukommission in Stuttgart, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin,
gegen
den Fabrikanten Edwin Rohreck in Pforzheim, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Zwangsabtretung betr.

Die Klägerin mußte, da auf ihre Angebote nicht eingegangen wurde, gegen mehrere Einwohner Pforzheims den Rechtsweg betreten, in welchem sich die vernommenen Sachverständigen eingehend namentlich auch dafür aussprachen, daß der in §. 32 des Expropriationsgesetzes vom 28. August 1835 (Reggsbl. No. 42) berücksichtigte Minderwerth schon dann anzunehmen sei, wenn durch Enteignung eines Theils eines Grundstücks der dem Eigenthümer verbleibende Theil desselben nicht mehr so vielseitig, wie früher, zur Verwendung und Veräußerung sich eigne.

Diese Auslegung des §. 32 wurde von der Klägerin bekämpft, allein in erster und zweiter Instanz für richtig erklärt.

Die Klägerin, für welche bedeutende Entschädigungsobjekte in Frage standen, da Theile von Luxusgärten an Fabrikantenhäusern in die Eisenbahnlinie fielen, ergriff die Oberappellation, und das großh. Oberhofgericht sprach sich (in der Majorität) gegen die Auslegung aus, welche in Uebereinstimmung mit dem Gutachten der Sachverständigen die beiden vordern Instanzen dem §. 32 gegeben hatten.

In dem oben bezeichneten Rechtsfall erachtete sich die Klägerin, welche dem Beklagten für Abtretung,

Digitized by Google

des zum Eisenbahnbau erforderlichen Theils seines Eigenthums 15,000 fl. Entschädigung angeboten hatte, sich dadurch für beschwert, daß auf die in dem Gutachten der Schätzer beantragte höhere Summe von 24,982 fl. auch in zweiter Instanz erkannt worden war.

Sie beanstandete insbesondere, daß sie neben dem hohen Bauplatzwerth des abgetretenen Geländes,

1) ꝛc.,
2) für Minderwerth des dem Beklagten verbleibenden Theils seines Anwesens 11,500 fl.,
3) für Nachtheile, die demselben durch den Eisenbahnbetrieb erwachsen, 2100 fl.

bezahlen solle.

Das großh. Oberhofgericht führte in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 8. Mai 1869 aus:

ꝛc. Zu 3) Erscheint es als gerechtfertigt, daß dem Beklagten für die verschiedenartigen Belästigungen, welche dem ihm verbleibenden Anwesen durch den Betrieb der durch die Abtretung näher gerückten Eisenbahn bereitet werden, nach dem klaren Wortlaute des §. 29 des Gesetzes vom 28. August 1835 eine Entschädigung zuerkannt ist, über deren Betrag die dem pflichtmäßigen Ermessen der Sachverständigen überlassene Abschätzung maaßgebend ist.

Dagegen erscheint die Beschwerde zu 2) als begründet, da §. 32 auf Fälle, wie der vorliegende, nicht anwendbar ist. Derselbe schließt sich dem vorangehenden §. 31 an. Letzterer verleiht dem Eigenthümer mehrerer zu *demselben* Gewerbs- oder Landwirthschaftsbetriebe gehöriger Gebäude oder Plätze *das Recht*, in dem Falle, daß durch die Lostrennung eines abzutretenden Theils, sei dies ein Gebäude oder Platz, jener Betrieb *unmöglich gemacht* oder doch *wesentlich* erschwert würde, ohne daß das Hinderniß durch eine angemessene Einrichtung beseitigt werden könnte, *zu begehren*, daß ihm die *ganze* Besitzung abgenommen werde. Der §. 32 verordnet, daß, wenn ein Theil von *andern* Gütern, mithin von solchen, bei welchen durch Lostrennung dieses Theiles ein Gewerbs- oder Landwirthschaftsbetrieb *nicht* unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird, abzutreten ist, der Eigenthümer *nicht* fordern kann, daß ihm das *Ganze* abgenommen werde, *wohl aber*, daß er neben den ihm nach den §§. 24. 25. 29 des Gesetzes gebührenden Entschädigungen auch für dasjenige Vergütung erhalte, um was der übrig bleibende Theil durch seine eigene Verkleinerung oder Zerstückelung wegen Erschwerung des Anbaus oder aus andern Gründen für den Inhaber an Werth verliere. Die *erste* dieser Gesetzesstellen regelt das Recht desjenigen, dessen Gut in Folge theilweiser Enteignung dadurch Werthverminderung erleidet, daß der darauf bisher stattgehabte Gewerbs- oder Landwirthschaftsbetrieb unmöglich gemacht oder *wesentlich* erschwert wird, die *zweite* das Recht desjenigen, dessen Gut durch die theilweise Enteignung *in dem übrig bleibenden Theile* eine weniger eingreifende Schädigung erfährt. Der äußere und innere Zusammenhang beider Gesetzesstellen, der oben angeführte Inhalt der zweiten, wonach dieselbe im Falle eines in Folge der Verkleinerung oder der Zerstückelung des Gutes dem Inhaber drohenden *Verlustes* Platz greifen soll, das in derselben gewählte Beispiel eines zur Entschädigungsforderung berechtigenden *Grundes* des Verlustes („wegen erschwerten Anbaues"), führen darauf hin, daß auch die zweite Gesetzesstelle nur dann Anwendung zu finden habe, wenn durch die Abtretung eines Theiles dem, dem Eigenthümer verbleibenden Theile *besondere*, in dessen bisherigen Bestand und in dessen bisherige Benutzungsweise eingreifende *Nachtheile* zugehen.

Landst. Verhandl. 1835 I. Kammer 2. Prot.Heft S. 86. 87.

Landst. Verhandl. 1835 II. Kammer 5. Prot.Heft S. 40 zu §. 31.

In dieser Weise ist in dem Gutachten der Sachverständigen der darin enthaltene Ansatz einer Minderwerthsentschädigung von 11,500 fl. *nicht* begründet. Nachtheile, die sich als unmittelbare Folge der Verkleinerung des Anwesens herausstellen und einer Abschätzung fähig sind, lassen sich hier nicht erkennen. Der Umstand, daß der dem Beklagten verbleibende Gartenraum künftig nicht mehr in demselben Maaße, wie früher das Ganze, zu einer etwa im Interesse des Beklagten liegenden Verlegung seiner Fabrik verwendbar sei, betrifft nur die *Möglichkeit* einer künftigen gewinnbringenden Verwerthung jenes Platzes. Die Berücksichtigung einer derartigen Möglichkeit muß aber, in so weit deren Eintritt nicht etwa durch äußerlich wahrnehmbare Anstalten schon vorbereitet ist, und sich in Folge hievon als eine von dem Besitzer bereits ins Auge gefaßte Eventualität darstellt, bei Festsetzung der Entschädigung wegen Expropriation nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes vom 28. August

Digitized by Google

1835 (§§. 24. 25. 32) und nach einer constanten Praxis des diesseitigen Gerichtshofs ausgeschlossen bleiben.

Auch die Einbuße an Annehmlichkeit und Comfort, welche der Besitzer durch Verkleinerung seines Ziergartens erleiden mag, ist zu sehr durch individuelle Anschauung und Neigung bedingt, als daß dieser Verlust Gegenstand einer objectiv gehaltenen Schätzung sein könnte, daher bei derartigen Abschätzungen auf den Affectionswerth überhaupt keine Rücksicht genommen werden soll. Das Ergebniß der Schätzung muß demnach um den für angeblichen Minderwerth berechneten Betrag von 11,500 fl. herabgesetzt werden, so daß als Entschädigungssumme nur der Betrag von 13,482 fl. bleiben würde; da jedoch die klägerische Eisenbahnbaucommission 15,000 fl. angeboten hat, so hat es hiebei sein Verbleiben.

Hiernach und gemäß §. 90 und 91 des Expropriationsgesetzes hat der Beklagte sämmtliche Kosten, mit Ausnahme der Kosten der Klage und des ihr beiliegenden Gemeinderathszeugnisses, zu tragen.

Aus diesen Gründen wurde erkannt:

Das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe, Appellationssenat, vom 4. November v. J., No. 2141, sei dahin abzuändern:

„der Beklagte sei schuldig, an die Klägerin den in der Klage näher bezeichneten Theil seines Grundstücks im Maaßgehalte von 8640 Quadratfuß gegen eine Entschädigungssumme von fünfzehntausend Gulden nebst 5 pCt. Zinsen hieraus vom 12. Oktober 1867 an abzutreten und die Kosten der drei Rechtszüge mit Ausnahme derjenigen der Klage und des Gemeinderathszeugnisses, welche der Klägerin zur Last bleiben, zu tragen.

— Ueber dieselben Fragen sprechen sich auch folgende Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 29. April 1869,

In Sachen

der königlich württembergischen Eisenbahnbaukommission in Stuttgart, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin,

gegen

den Fabrikanten Christian Ungerer in Pforzheim, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Zwangsabtretung betr.,

aus.

„Was zunächst die von der Klägerin gegen diejenige Bestimmung des Urtheils der vordern Instanz erhobene Beschwerde betrifft, daß sie auch Entschädigung für die Benachtheiligung des Anwesens des Beklagten durch Rauch und Staub zu leisten verbunden sei, so erscheint diese Beschwerde nicht als begründet.

Nach §. 29 des Expropriationsgesetzes sollen nämlich in dem Falle, wo auch nur ein Theil einer Liegenschaft abzutreten ist, wo aber die neue Anlage dem übrig bleibenden Theil auch in andern Beziehungen Nachtheile bringt, auch diese bei Bestimmung der Entschädigungssumme in Betracht kommen.

Diese Bestimmung beruht unzweifelhaft auf dem Princip, daß derjenige, welcher genöthigt wird, sein Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzutreten, auch in jeder Beziehung vollständig entschädigt werden soll, und darum soll ihm — neben dem Werthe des abzutretenden Theiles, auch derjenige Schaden vergütet werden, welcher dem übrig bleibenden Theile durch die neue Anlage in andern Beziehungen zugefügt wird.

Es läßt sich aber nicht verkennen, daß durch das bedeutende Näherrücken des Bahndammes an das Haus des Beklagten, so wie durch die neue Straßenanlage bei demselben die von den Sachverständigen hervorgehobenen Nachtheile für die Außenseite des Hauses sowohl, als für dessen Inneres hervorgerufen werden, und daß diese einen erhöhten Aufwand erfordern; es muß deshalb auch hierfür Schadenersatz geleistet werden, dessen Ermittlung dem pflichtmäßigen Ermessen der Sachverständigen anheimgegeben bleibt.

Dagegen ist die Beschwerde, in soweit sie gegen die dem Beklagten zuerkannte Minderwerthsentschädigung im Betrag von 3800 fl. gerichtet ist, als begründet zu erachten, da der §. 32 des Expropriationsgesetzes vom 28. August 1835 auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Jener §. schließt sich nämlich dem vorangehenden §. 31 an. Letzterer verleiht dem Eigenthümer mehrerer zu demselben Gewerbs- oder Landwirthschaftsbetriebe gehöriger Gebäude oder Plätze das Recht, in dem Falle, daß durch die Lostrennung eines abzutretenden Theiles, sei dies ein Gebäude oder Platz, jener Betrieb unmöglich gemacht oder doch wesentlich erschwert würde, ohne daß das Hinderniß durch eine angemessene Einrichtung beseitigt werden könnte, zu begehren, daß ihm die ganze Besitzung abgenommen werde. Der §. 32 verordnet, daß, wenn ein

Digitized by Google

Theil von andern Gütern, mithin von solchen, bei welchen durch Lostrennung dieses Theiles ein Gewerbs- oder Landwirthschaftsbetrieb nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird, abzutreten ist, der Eigenthümer nicht fordern kann, daß ihm das Ganze abgenommen werde, wohl aber, daß er unter den ihm nach den §§. 24. 25. 29 des Gesetzes gebührenden Entschädigungen auch für dasjenige Vergütung erhalte, um was der übrig bleibende Theil durch seine eigene Verkleinerung oder Zerstückelung wegen Erschwerung des Anbaues oder aus andern Gründen für den Inhaber an Werth verliere. Die erste dieser Gesetzesstellen regelt das Recht desjenigen, dessen Gut in Folge theilweiser Enteignung dadurch Werthsverminderung erleidet, daß der darauf bisher stattgehabte Gewerbs- und Landwirthschaftsbetrieb unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird, die zweite das Recht desjenigen, dessen Gut durch die theilweise Enteignung in dem übrig bleibenden Theile eine weniger eingreifende Schädigung erfährt. Der äußere und innere Zusammenhang beider Gesetzesstellen, der oben angeführte Inhalt der zweiten, wonach dieselbe im Falle, eines in Folge der Verkleinerung oder der Zerstückelung des Gutes dem Inhaber drohenden Verlustes Platz greifen soll, das in derselben gewählte Beispiel eines zur Entschädigungsforderung berechtigenden Grundes des Verlustes („wegen erschwerten Anbaues"), führen darauf hin, daß auch die zweite Gesetzesstelle nur dann Anwendung zu finden habe, wenn durch die Abtretung eines Theils dem, dem Eigenthümer verbleibenden Theile besondere, in dessen bisherigen Bestand und in dessen bisherige Benutzungsweise eingreifende Nachtheile zugehn.

Landst. Verhandl. 1835 I. Kammer 2. Prot Heft S. 86. 87.

Landst. Verhandl. II. Kammer 5. Prot.Heft S. 40 zu §. 31.

In dieser Weise ist in dem Gutachten der Sachverständigen der darin enthaltene Ansatz einer Minderwerthsentschädigung nicht begründet.

Nach dem Gutachten der Sachverständigen soll nämlich der Nachtheil für den übrig bleibenden Theil des Anwesens des Beklagten dadurch entstehen, daß der Beklagte in Zukunft verhindert ist, darauf wegen seines geringeren Umfangs ein Gebäude anzuführen, in welchem eine Fabrik ohne Benachtheiligung errichtet werden könnte, und daß er aus dem gleichen Grunde auch nicht leicht mehr einen andern Fabrikanten als Käufer seines Anwesens finden werde.

Nach §. 24 und 25 des Expropriationsgesetzes sind jedoch bei Bemessung der Entschädigung nur solche allgemeine oder besondere Verhältnisse in Berücksichtigung zu nehmen, welche zur Zeit der Zwangsenteignung schon bestehen und es ist daher das Terrain mit Recht als Bauplatz zu einem weit höhren als dem gewöhnlichen Werthe taxirt worden; dagegen kann die bloße Möglichkeit einer noch höhern Verwerthung unter besondern ferne liegenden Umständen nicht in Betracht gezogen werden.

Es ist nämlich vom Beklagten nicht behauptet und von den Sachverständigen nicht angenommen, daß der Beklagte etwa schon zur Zeit der Abtretung beabsichtigt habe, seine Fabrik von seinem Wohngebäude zu verlegen und daß er schon Vorbereitungen zu diesem Zwecke getroffen habe, oder aber, daß der Beklagte bereits mit einem Kaufliebhaber wegen des Verkaufs seines Anwesens zu einem Fabrikgebäude in Unterhandlung gestanden habe, daß sich diese aber in Folge der Zwangsenteignung des fraglichen Platzes zerschlagen hätten. Das Gutachten der Sachverständigen beruht daher in dieser Beziehung lediglich auf der Unterstellung einer ganz unsicheren künftigen Möglichkeit, welche nach dem Gesetz und der Praxis des diesseitigen Gerichtshofs eine Berücksichtigung bei der Bemessung der Entschädigung nicht finden kann.

Wenn sodann die Sachverständigen daneben noch einen dem Beklagten entgangenen besondern Vortheil, und deßhalb einen Minderwerth darin annehmen zu müssen geglaubt haben, daß dem Beklagten durch die Entziehung des fraglichen Platzes in seiner Beschaffenheit als Garten die Annehmlichkeit, Bequemlichkeit und der günstige Einfluß auf die Gesundheit, welche der Besitz eines Gartens beim Hause gewähren, entzogen oder geschmälert sei, so entzieht sich dieser durch individuelle Anschauung und Neigung bedingte Verlust einer objectiv gehaltenen Schätzung, wie denn überhaupt bei Ermittlung und Entschädigung auf den Affectionswerth keine Rücksicht genommen werden soll.

Uebrigens müßte ein dem Beklagten in dieser Beziehung etwa zugehender weiterer Verlust durch die von der Klägerin angebotene Entschädigungssumme von 5000 fl., welche den geschätzten Entschädigungsbetrag, insoweit er als begründet, und beziehungsweise als an-

Digitized by Google

erkannt erscheint, bedeutend übersteigt, als vollkommen gedeckt angesehen werden.

Hiernach mußte das Urtheil der vordern Instanzen abgeändert, und nach dem Begehren der Oberappellationsbeschwerdeschrift erkannt werden.

Was insbesondere den Kostenpunkt betrifft, so hat die Klägerin nach §. 90 des Expropriationsgesetzes die Kosten der Klage und des ihr beigelegten Gemeinderathszeugnisses auf sich zu behalten, dagegen hat der Beklagte nach §. 91 ibid. und §. 170 der Pr.O. alle übrigen Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen, da nur auf die schon in der Klage von der Klägerin angebotene Entschädigungssumme erkannt wurde. Red.

76.

Hat die Ernennung des Aftererbpflegers (L.R.S. 1056) von dem Amtsrichter oder Gerichtsnotar auszugehen?

Der Appellationssenat des Kreis- und Hofgerichts Mannheim hat nach einer in Annalen XXXIII. S. 216 mitgetheilten Entscheidung vom 15. Mai v. J. die Ernennung des Aftererbpflegers für zu dem Geschäftskreise des Gerichtsnotars gehörig erklärt. In gleichem Sinn hat auch schon der Appellationssenat des Kreis- und Hofgerichtes in einem nicht zur Veröffentlichung gekommenen Falle entschieden und dadurch Anlaß gegeben, daß von den Amtsgerichten des Bezirks, namentlich dem Freiburger Amtsgericht, danach verfahren wird. Dieselbe Ansicht findet sich in der Ausgabe des Landrechts von C. Kah, Freiburg 1865, Note zu L.R.S. 1056 sowie in der in Mannheim bei Bensheimer erschienenen Ausgabe des Landrechts, Note zu L.R.S. 1056 vertreten. Sowohl in der Entscheidung des Mannheimer Appellationssenates, als in der Note von Kah wird auf §. 67 der G.R.O., in der letzteren außerdem noch auf §. 157 der G.R.O. Bezug genommen, während die Note in der Bensheimer'schen Landrechtsausgabe als Beleg den §. 1 und 46 der G.R.O. anführt.

Dieser Ansicht steht die des Justiz-Ministeriums gegenüber, welches unter anderem in seinem Erlaß vom 18. September 1867, No. 8231, die Dienstprüfung bei den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Amtsgerichtsbezirk Freiburg betreffend, ausgesprochen hat:

> „die Ernennung von Aftererbpflegern ist weder durch das Gesetz vom 28. Mai 1864 noch durch die Geschäftsordnung den besonderen Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Gerichtsnotaren) übertragen, darum von den Amtsrichtern zu besorgen."

Damit stimmt die Note zu Art. 1056 in der amtlichen Ausgabe des Landrechts vom Jahre 1867 überein, sowie auch die eben dahin gehende Ansicht des Herausgebers der Gesetze und Verordnungen über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Notariat, Ministerialrath von Seyfried, daraus zu entnehmen ist, daß derselbe in keiner der Noten zu den Bestimmungen über die Geschäfte, welche den Gerichtsnotaren übertragen werden können und wurden, des L.R.S. 1056 Erwähnung thut.

Bei dieser Sachlage erscheint es wohl am Platze, die Frage einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen.

Um die richtige Grundlage aller zur Sprache zu bringenden Verhältnisse zu gewinnen, müssen wir uns vor allem vergegenwärtigen, daß das Gesetz vom 28. Mai 1864 über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und über das Notariat (R.P.G.) bei Abgrenzung der Geschäfte, welche danach dem besondern Rechtspolizeibeamten (Gerichtsnotar oder Notar) übertragen werden können und durch §. 1 Ziff. 1 der Geschäftsordnung für die Gerichtsnotare (G.R.O) übertragen wurden, von denjenigen, welche dem Geschäftskreis des Amtsrichters vorbehalten bleiben müssen, davon ausgeht, daß die Besorgung der Rechtspolizeigeschäfte durch Letzteren die Regel, die Besorgung solcher Geschäfte durch den Ersteren die Ausnahme sein soll. Zum Beleg für diesen Satz bedarf es nur des Hinweises darauf, daß das Gesetz, anstatt für die besonderen Beamten der Rechtspolizei einen besonderen, denselben nothwendig zufallenden Geschäftskreis auszuscheiden, sich damit begnügt hat, die Uebertragung von Rechtspolizeigeschäften an diese Beamten durch Vollzugsverordnung zu gestatten, und daß es dabei zugleich die den Vollzugsorganen gegebene Befugniß auf ein genau begrenztes Gebiet beschränkt hat.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Juli 1869. No. 6.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 6.**

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Juli 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 1. Juli.	
71	Krönig gegen Krönig. — Ehescheidung.	Fürst.
34	Bayer gegen Bayer. — Vermögenstheilung.	Bayer. — Kusel.
	Dienstag den 6. Juli.	
80	Klingel gegen Wagner. — Vollstreckungsnichtigkeit. . .	Klingel. — Schulz.
88	Bernaund gegen Wagner.	Schenkh. — Schulz.
156	Adelmann gegen Hupp. — Entschädigung.	Gernandt. — Grimm.
	Donnerstag den 8. Juli.	
81	Holz gegen Eisemann. — Forderung.	Weller.
26	Ueberlingen gegen Fiscus. — Communionweinlieferung. . .	Barazetti. — v. Engelberg.
	Dienstag den 13. Juli.	
46	Klar gegen Zimmern. — Verweisungsberichtigung. . . .	Mays. — Schulz.
41	Bruchsal gegen Balde. — Einsprache gegen Verweisung. . .	Grimm. — Strauß.

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Die Preisherabsetzung für nachstehende in meinem Verlage erschienenen beiden juridischen Zeitschriften wird in kurzer Zeit wieder aufgehoben, da der Vorrath von Exemplaren nunmehr sehr gering ist:

Jahrbücher des Oberhofgerichts, Bd. I.—XX. auf . . . . . fl. 17. 30 kr.
Einzelne Bände der alten Folge in 4° Bd. I.—VII. à fl. — 48 kr.
„ „ „ neuen „ „ 8° Bd. VIII.—XX. à fl. 1. 30 kr.

Annalen der grossh. bad. Gerichte, Bd. I.—XXX. (1833—1864) . . . fl. 35. — kr.
Einzelne Bände von Bd. I.—XVI. à . . . . . fl. 1. 12 kr.
„ „ „ Bd. XVII.—XXX. à . . . . . fl. 1. 45 kr.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Im Verlage des Unterzeichneten wird in Bälde erscheinen:

Zeitschrift
für
französisches Civilrecht.
Sammlung
von civilrechtlichen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte mit Erläuterungen und Literaturberichte.

Herausgegeben
von

Dr. Sigismund Puchelt,
Großherzoglich badischer Kreisgerichts-Director.

Es ist diese Zeitschrift bestimmt, zunächst die durch das Eingehen von „Lauckhard's Rechtsfälle" entstandene Lücke auszufüllen — sie wird jedoch nicht allein die merkwürdigen neuen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte unter eingehender Kritik derselben bringen, sondern werden in derselben auch alle erheblichen neuen Erscheinungen der juristischen französischen Literatur angezeigt und besprochen werden.

Auf die badische und rheinländische Literatur wird bei der Bearbeitung der einzelnen Rechtsfälle sorgfältig vergleichende Rücksicht genommen werden.

Jährlich werden drei einen Band bildende Hefte ausgegeben und beträgt der Preis pro Heft fl. 1. 12. Das erste Heft wird in kurzem erscheinen und nehmen alle Buchhandlungen Bestellungen an.

Mannheim, im Juni 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 12.**

(Schluß von Art. 76.)

Wie es kam, daß dieser Grundsatz in das Gesetz aufgenommen wurde, ist aus der Entstehungsgeschichte der bezüglichen §§. desselben leicht zu ersehen. Es genügt darüber folgendes anzuführen:

Die großh. Regierung wollte in dem Gesetzentwurf von 1864 für Besorgung der Geschäfte der sogenannten höheren freiwilligen Gerichtsbarkeit (— die sogenannte niedere freiwillige Gerichtsbarkeit wurde darin — und blieb auch im Gesetz bekanntlich den Notaren übertragen —) neben den Amtsgerichten als selbstständige Beamte die früheren Amtsrevisorate unter der altdeutschen Bezeichnung „Amtvögte„ beibehalten, obgleich schon bei den Verhandlungen über den früheren (im Jahre 1863 vorgelegten) Entwurf eines Rechtspolizeigesetzes in der Commission der II. Kammer die Anschauung zur Geltung gekommen war, daß die Errichtung einer solchen dritten Beamtenklasse neben Amtsrichtern und Notaren unangemessen erscheine (s. Ges.-Entw. von 1864 §. 1. 2. 4, Motive dazu S. 1 — vergl. Ges.-Entw. von 1863 §. 1 Komm.-Ber. der II. Kammer dazu [von Prestinari] S. 3 ff.) Die II. Kammer widersetzte sich jedoch diesen Vorschlägen; sie wollte die freiwillige Gerichtsbarkeit, soweit sie nicht als sogenannte niedere den Notaren übertragen wurde, ganz den Amtsgerichten zuweisen und ließ nur, zur Vermeidung einer Ueberbürdung der Amtsrichter mit einer allzugroßen Geschäftslast die Modifikation zu, daß den Amtsgerichten (aus der Zahl der früheren Amtrevisoren und der Notare) besondere nicht richterliche Rechtspolizeibeamte beigegeben werden, welche zwar in dem Sinne selbstständig funktioniren, daß sie nicht als bloße Gehilfen und unter Verantwortlichkeit des Amtsrichters arbeiten, gleichwohl aber nur, gewissermaaßen als eine Abtheilung des Amtsgerichts, im Namen desselben ihre Beschlüsse fassen. Und auch diese Modifikation wurde nur in der Absicht aufgenommen, einen Uebergang zu der gänzlichen Uebertragung der nicht den Notaren zufallenden freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Amtsrichter anzubahnen (Comm.-Ber. der II. Kammer, von Roßhirt, S. 11 ff., insbesondere S. 17. 19). Da die hierauf basirten Beschlüsse der II. Kammer in §. 1. 1a und b des Entwurfs (s. Beil. 229 zum Protokoll der 11. Sitzung der II. Kammer vom 2. Mai 1864), nachdem sie die Zustimmung der I. Kammer erhalten hatten, in das Gesetz übergegangen sind (s. §. 1—3 desf.) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die mitgetheilte Auffassung desselben nunmehr als die allein maaßgebende gesetzliche Auffassung festzuhalten ist.

Aus dem an die Spitze gestellten Satz ergibt sich der, nicht allein für den vorliegenden, sondern auch für jeden anderen Streit über die Abgrenzung der Geschäftsabtheilung zwischen den Amtsrichtern und Gerichtsnotaren wichtige Grundsatz, daß nur diejenigen Rechtspolizeigeschäfte als in den Geschäftskreis der letzteren fallend angesehen werden können, bezüglich welcher kein Zweifel darüber waltet, daß sie von dem Gesetz unter den Bestimmungen der §§. 2 und 3 mitbegriffen werden wollten, daß dagegen im Zweifelsfall für die Geschäftsbesorgung durch den Amtsrichter zu entscheiden ist.

Sehen wir nun zu, ob die bezeichnete Voraussetzung für Ueberweisung des Geschäfts an den Gerichtsnotar bezüglich der Ernennung eines Aftererbpflegers gemäß L.R.S. 1056 zutrifft.

Die einzige Bestimmung des Gesetzes, welche hierbei in Betracht kommen kann, und worauf der Appellationssenat des Mannheimer Kreisgerichtes in den Gründen zu seiner Entscheidung Bezug nimmt, ist die Ziff. 2 des §.: „Sie (die Amtsgerichte) beschließen in denjenigen Angelegenheiten, welche das Landrecht dem Familienrath zuweist, nach Anhörung der nächsten Verwandten und Verschwägerten des Mündels (§. 11).“

Es ist zwar richtig, daß die französischen Schriftsteller einstimmig die Ernennung des Aftererbpflegers an den Familienrath verweisen. Daß dieses der Absicht des Gesetzes gemäß sei, folgern sie 1) daraus, daß der Art. 1055

Digitized by Google

schrift unter Ziff. 1 und 3 aufgeführten, sondern auch hinsichtlich der übrigen, dort unter Ziff. 2. 4. 5. 6 aufgeführten Waizensendungen die aus Art. 424 Ziff. 1 des allg. d. Handelsgesetzbuchs, §. 22 Ziff. 2 des Reglements für den Vereinsgüterverkehr und §. 7 Ziff. 15 des Reglements für den Verbandgüterverkehr zwischen Stettin und Breslau einerseits und Krakau und Lemberg andererseits abgeleitete Einrede entgegen.

Darüber, daß diese Reglements, insoweit sie gesetzlich zulässige Bestimmungen (L.R.S. 1133. A. d. Handelsgesetzbuch Art. 422—431) enthalten, auch für den vorliegenden Fall als bindend erscheinen, kann bei dem Inhalte der betreffenden Frachtbriefe, wodurch die Reglements ausdrücklich als maaßgebend erklärt sind, und wonach sich also die Güterversender denselben vertragsmäßig unterwarfen, kein Zweifel bestehen. [2])

L.R.S.S. 1108. 1108a. 1108b. 1134. 1135.

Die Zulässigkeit des im §. 22 [2] des Vereinsreglements enthaltenen Gedings, wonach die Eisenbahnen in Ansehung derjenigen Güter, welche nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedeckten Wagen transportirt werden, nicht für den aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstandenen Schaden haften, ergibt sich aus Art. 424 Ziff 1 des allg. d. Handelsgesetzbuchs. [3])

Daß die gleiche Zulässigkeit der Bestimmung des §. 7 Ziff. 15 des oben weiter angeführten Reglements lautend: „Die Eisenbahn ist befugt, die Güter der ermäßigten Tarifklassen (Waizen gehört nach S. 10 des Tarifs zu diesen Klassen) in unbedeckten Wagen zu befördern, und gibt der Absender sein Einverständniß mit dieser Beförderungsart zu erkennen, falls er nicht bei der Aufgabe durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbriefe die Beförderung des betreffenden Gutes zum Frachtsatze der Normalklasse (S. 4 des Tarifs) verlangt" zukommen muß, ergibt sich neben Art. 424 Ziff. 1 des allg. d. Handelsgesetzbuchs aus der Erwägung, daß, wie auch Hahn, Commentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch Art. 424 S. 529 anerkennt [4]), die Vereinbarung über den Transport in unbedeckten Wagen gleich jedem anderen Vertrage ebensogut stillschweigend als ausdrücklich eingegangen werden kann. L.R.S.S. 1108. 1108a. 1108b.

Eine Uebung der Art, daß trotz gedachter Reglementsbestimmungen die Einwilligung des Versenders zum Transport in ungedeckten Wagen nur dann als vorhanden anzunehmen sei, wenn er diese Einwilligung auf dem Frachtbriefe ausdrücklich erklärt habe, konnte, wie bereits von großh. Handelsgerichte ausgeführt wurde, der vollen Geltung jener Bestimmungen nicht entgegentreten.

Betrachtet man den Inhalt des dem Bisherigen nach entscheidenden §. 7 Ziff. 15 des letzterwähnten Reglements und vergleicht man ihn mit den Frachtbriefen über die in der Klagschrift mit Ziff. 4. 5. 6 bezeichneten Sendungen, welchen Frachtbriefen der über die Sendung Ziff. 2 in dem betreffenden Punkte gleich gewesen sein soll; so zeigt sich, daß der darauf hinsichtlich der Art des Transports des Waizens ersichtliche Vermerk der Bedingung nicht entspricht, unter welcher allein das sonst bei Gütern der ermäßigten Tarifclassen schlechthin unterstellte Einverständniß des Absenders mit der Beförderung in unbedeckten Wagen als ausgeschlossen gelten soll, daß es nämlich nicht das Verlangen der Beförderung des Gutes zum Frachtsatze der Normalclasse, sondern nur die Worte: „Verzichte auf schnelle Ladung in offenen Wagen, warte auf gedeckte Wagen" in sich faßt. [5])

---

[2]) Das Reglement erscheint als lex contractus. A. d. Handelsgesetzbuch Art. 423. Hahn Comm. hiezu.

[3]) Siehe über diese Stelle die Protokolle über die Abfassung des a. d. Handelsgesetzbuchs IX. Band S. 4795 und ff., insbesondere S. 5000. Koch in Goldschmidt's Ztschr. für Handelsrecht X. Band S. 76. D. E.

[4]) Hahn sagt hier, es könne in den Reglements bestimmt sein, „daß gewisse Güter nur in unbedeckten, oder, daß sie ohne besondere Verabredung in solchen transportirt würden." D. E.

[5]) Der Frachtbrief über die Sendung Ziff. 2 war Seitens der Kläger der beklagten Verwaltung behufs der Nachforschung über die Entstehung des Schadens übergeben worden, ging aber verloren. Das Handelsgericht nahm nun die Behauptung, daß auch dieser Frachtbrief die Clausel „Verzichte auf schnelle Ladung u. s. w." enthalten habe, für dargethan an, da die beklagte Verwaltung „den Kläger schuldhafter Weise des nach den §§. 4 und 5 des Vereinsreglements allein als Beweismittel über den Frachtvertrag geltenden Frachtbriefs beraubt habe" und bezog sich hiefür auf L.R.S. 1178, Art. 37 des Handelsgesetzbuchs, §§. 404. 1018 der Pr.O., sowie auf die Grundsätze über Verantwortlichkeit für Versehen. Das Appellationsgericht theilte diese Anschauung nicht, und erkannte, in diesem Punkte abändernd (s. die oberhofg. Entscheidungsgründe im Eingange) in Anwendung des §. 410 der Pr.O. auf einen klägerischer Seits zu leistenden Erfüllungseid darüber, daß der Frachtbrief über die Sendung Ziff. 2 die fragliche Clausel (Verzichte u. s. w.) enthalten habe. Der Punkt kam beim großh. Oberhofgerichte wegen

Digitized by Google

Es erſcheint daher, ſoferne man den klaren Wortlaut der erwähnten Ziff. 15 der Beurtheilung zu Grunde legt, die hiernach der Eiſenbahnverwaltung ausdrücklich vorbehaltene Befugniß, die Güter der ermäßigten Tarifclaſſen in unbedeckten Wagen zu befördern, keineswegs als ausgeſchloſſen, und es fragt ſich mithin nur, ob die angeführte Erklärung, daß man auf ſchnelle Ladung in offenen Wagen verzichte und auf gedeckte warte, eine dem in Ziff. 15 des §. 7 des betreffenden Reglements geforderten beſtimmten Verlangen der Beförderung zum Frachtſatze der Normalclaſſe gleiche rechtliche Folge hervorzurufen vermöge.

Dieſe Frage iſt — gegen die Anſchauung der beiden vordern Rechtszüge — zu verneinen.

Wenn nämlich einerſeits nach Wort und Sinn der angeführten Ziff. 15 die Eiſenbahnverwaltung nur dann die volle geſetzliche Verpflichtung des Frachtführers (a. d. Hdlsgb. Art. 395) übernimmt, ſofern ihr die Zahlung des Frachtſatzes der Normalclaſſe beſtimmt zugeſichert iſt, konnte andererſeits vom beklagten Theile nicht einmal behauptet werden, daß mit den mehrfach erwähnten, den betreffenden Frachtbriefen einverleibten Erklärungen die Abſicht einer ſolchen Zuſicherung verbunden geweſen ſei, und erſcheint es im Gegentheile in Betracht des ſehr bedeutenden Unterſchiedes zwiſchen dem Frachtſatze der Normalclaſſe und den der ermäßigten Claſſe D. (worunter Waizen gehört, vergl. Tarif S. 4. 5) als nicht unterſtellbar, daß jene Abſicht gewaltet habe. Eben ſo ſpricht der Wortlaut der Erklärungen gegen eine ſolche Abſicht, indem dieſelben in der Faſſung eines „Verzichtes" abgegeben ſind, welcher ſicherlich dann nicht am Platze war, wenn man kraft des Erbietens zur Zahlung des Frachtſatzes der Normalclaſſe das Recht hatte, Beförderung in gedeckten Wagen anzuſprechen.

Die beklagter Seits geltend gemachte Uebung, zu deren Nachweis ſich auf ein Zeugniß mehrerer Lemberger Handlungshäuſer und auf eine Reihe von Frachtbriefen über anderweitige Getreideſendungen berufen wird, läßt erſehen, daß auch die Güter der ermäßigten Tarifclaſſen zum Frachtſatze dieſer Claſſen in bedeckten Wagen, wenn deren zur Verfügung ſtanden, verladen zu werden pflegten und dient gerade dieſer Umſtand inſoferne zur Erläuterung der hier fraglichen Erklärungen, als letzteren darnach recht wohl die Bedeutung eines Wunſches, daß auch ohne Entrichtung des Frachtſatzes der Normalclaſſe in bedeckten Wagen befördert werden möge, beigelegt werden kann, welcher Wunſch aber nach Wort und Sinn der einſchlägigen Reglementsbeſtimmung der Eiſenbahnverwaltung keine rechtliche Verbindlichkeit aufzuerlegen im Stande war. Dieſe Verwaltung mochte — etwa durch die Ausſichtsloſigkeit, die ihr übergebenen zahlreichen Getreideſendungen in bedeckten Wagen befördern zu können — dazu veranlaßt ſein, unerachtet des gedachten Wunſches von ihrer reglementmäßigen Befugniß, Verladung in offene Wagen eintreten zu laſſen, Gebrauch zu machen, und zwar um ſo mehr, als derſelben ſicherlich nicht zugemuthet werden konnte, das Getreide unbeſtimmte Zeit in ihren Räumen lagern zu laſſen. Es war für die Eiſenbahnverwaltung kein Grund vorhanden, von der ihr durch §. 5 Ziff. 1 Abſ. 2 des Reglements für den Vereinsgüterverkehr verliehenen Befugniß, „die Annahme von Frachtbriefen, welche von den Beſtimmungen des Reglements abweichende Vorſchriften enthalten, zu verweigern," irgendwie Gebrauch zu machen, da die Frachtbriefe, wie oben ſchon bemerkt wurde, die betreffenden Reglements ausdrücklich für anwendbar erklären und nur die weiter auf jenen Frachtbriefen befindlichen Erklärungen nicht dem durch §. 7 Ziff. 15 des zur Anwendung kommenden beſondern Reglements für zuläſſig erklärten Vermerke entſprechen.

Wenn hervorgehoben wurde, daß, ſoferne man der eben angeführten Ziff. 15 zufolge durch ſchriftlich auf dem Frachtbriefe geſchehenes Verlangen der Beförderung zum Frachtſatze der Normalklaſſe ſtillſchweigend die Befugniß der Eiſenbahnverwaltung, in unbedeckten Wagen zu transportiren, zu beſeitigen vermöge, doch ſicherlich auch ein ausdrückliches Begehren, daß nicht in unbedeckten Wagen befördert werde, die Beſeitigung jener Befugniß zur Folge haben müſſe [6]), ſo

daſelbſt angenommener Irrelevanz der Clauſel nicht zur Entſcheidung. Die handelsgerichtliche Anſicht ſcheint zu weit zu gehen. D. E.

[6]) Die hinſichtlich des fraglichen Punktes im Weſentlichen auf obiger Anſchauung ruhenden handelsgerichtlichen Entſcheidungsgründe beſagen hierüber:

„Es kann nun aber keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß jene Erklärung des Abſenders eben den „Vermerk" begreift, durch welchen nach dem oben angeführten §. 15 des Reglements der Abſender die Beförderung von ſonſt der ermäßigten Klaſſe angehörigen Gütern nach der Normalclaſſe verlangen muß, damit die Befugniß der Verwaltung zur Anwendung unbedeckter Wagen ausgeſchloſſen werde. Selbſtverſtändlich brauchte jener Vermerk nicht mit den Worten des §. 15 geſchrieben zu werden; es genügte, wenn über die

Digitized by Google

kommt hiegegen in Betracht, daß die oftерwähnten Erklärungen das als Bedingung des Transports in bedeckten Wagen geforderte Erbieten zur Zahlung des Frachtsatzes der Normalklasse nicht in sich fassen, und auch nicht einmal eine Verwahrung gegen jeden Transport in unbedeckten Wagen enthalten.

Offenbar müßten auch zufolge L.R.S. 1162 diese Erklärungen, falls sie für zweifelhaft erachtet werden wollten, in dem der Eisenbahnverwaltung günstigen Sinne ausgelegt werden.

Aus diesen Gründen, sowie nach §. 170 der Pr.O. wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt

Roßhirt.

87.

Zu §§. 207. 205. (206) der Pr.O.

Den Einfluß der Feiertage im Civil- und Strafprozesse betreffend.

Nachdem sich Meinungsverschiedenheiten darüber ergeben hatten, ob nach Erlassung der höchsten Verordnung vom 28. Januar 1869, die weltliche Feier der Sonn- und Festtage betreffend (Gesetz und Verordnungsblatt No. 2) nur die in dem §. 1, oder auch die in dem §. 3 daselbst bezeichneten Tage als gebotene Feiertage im Sinne der §§. 205 und 207 der Civilprozeßordnung und des §. 155 der Strafprozeßordnung zu betrachten seien, hat sich großh. Justizministerium veranlaßt gesehen, sämmtlichen Gerichten seine, auch von großh. Ministerium des Innern für richtig erachtete Ansicht hierüber durch Erlaß vom 24. Juni 1869, No. 5515, in Folgendem kundzugeben:

„Die auf Grund des §. 69 Ziff. 2 des Polizeistrafgesetzbuchs erlassene Verordnung vom 28. Januar 1869 beabsichtigt lediglich die weltliche Feier der Sonn- und Festtage zu regeln; sie bezeichnet zu diesem Behufe verschiedene Handlungen, die an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten nicht vorgenommen werden dürfen, sie bezweckt aber keineswegs, zu bestimmen, an welchen Tagen die Vornahme gewisser prozessualischer Handlungen den Betheiligten angesonnen werden darf.

Der Grund, auf welchem einerseits die polizeilichen Verbote der Vornahme gewisser Handlungen, und andererseits die, die Feiertage betreffenden, Vorschriften der Prozeßordnung beruhen, ist ein verschiedener; bei jenen Verboten handelt es sich darum, den religiösen Bedürfnissen und Anschauungen der Gesammtheit der Religionsgenossen, bei diesen Vorschriften darum, den religiösen Bedürfnissen und Anschauungen der einzelnen Betheiligten Rücksicht zu tragen.

Eben deßhalb modificiren sich die Verbote zum Theile nach dem Umstande, ob eine Confession an einem bestimmten Orte Pfarrrechte besitzt, während es bei den prozessualischen Vorschriften hierauf nicht ankommen kann. In Bezug auf die Frage, welche Tage als gebotene, d. h. als vom Staate anerkannte, kirchliche Feiertage im Sinne der Pr.O. zu betrachten sind, ist durch die Verordnung vom 8. November 1865 (Reggsbl. 52) und durch die, an deren Stelle getretene, jüngste Verordnung materiell an den Bestimmungen der Verordnung vom 3. Oktober 1804 (Reggsbl. No. 41) und 29. April 1811 (Reggsbl. No. 13) Nichts geändert worden. Der §. 2 der Verordnung vom 8. November 1865 hat den Inhalt der letzteren für ihren Geltungsbereich aufgenommen, und der §. 3 der Verordnung vom 28. Januar d. J. beruht, wie der §. 1,

---

Absicht des Absenders kein Zweifel bestand; ein solcher konnte aber nicht aufkommen, weil bedeckte Wagen regelmäßig nicht und damals wegen der Güteranhäufung gar nicht, zur Verladung von Gütern nach dem ermäßigten Frachtsatze gebraucht wurden. Wenn je ein Bedenken der Verwaltung aufstieg, so war es ihre Pflicht, den Absender zu deutlicherem Ausdrucke seines Willens zu veranlassen, nicht aber zweideutige Erklärungen anzunehmen, um solche sodann in ihrem einseitigen Interesse, gegen den guten Glauben, unter dem alle Verträge abgeschlossen werden, ausbeuten zu können. Welche Absicht aber immerhin der Absender in Beziehung auf die Taxifklasse mit jenem Vermerk verbunden haben mag, so ist doch in jedem Falle gewiß, daß nach demselben keine Vereinbarung zwischen Absender und Bahnverwaltung über die Beförderung der Güter in unbedeckten Wagen bestand, denn es ist einleuchtend, daß der Versender, wie er die Befugniß hiezu stillschweigend durch das Verlangen der Beförderung zum Frachtsatze der Normalclasse entziehen konnte, er dies auch, wie er gethan, ausdrücklich durch das Verlangen vermochte, daß die Verwaltung keinen offenen Wagen gebrauche. Es mußte deßhalb die Eisenbahnverwaltung entweder die Frucht auch zu ermäßigtem Frachtsatze in bedeckten Wagen befördern, oder aber, wenn sie dies nicht wollte, und je nachdem sie im Zweifel war, oder nicht, über die Verbindlichkeit und Bereitwilligkeit des Absenders zur Zahlung des Frachtsatzes der Normalclasse, entweder die Frucht zum Frachtsatze der Normalclasse in bedeckten Wagen befördern oder sie ganz zurückweisen. Sie hat keines von Beidem gethan, sondern die Güter auf offenem Wagen, ohne daß sie hierzu ermächtigt gewesen wäre, befördert, daher sie und beziehungsweise der Beklagte als ihr Rechtsfolger gegenüber den Klägern für den Schaden haftbar ist, der aus dieser Transportweise entstanden ist." D. E.

Digitized by Google

eben darauf, daß die darin genannten Feiertage kirchlich geboten, und als solche vom Staate anerkannt sind.

Hiernach kommt, sowohl den in §. 1, als auch den in §. 3 der Verordnung vom 28. Januar 1869 bezeichneten Tagen die Eigenschaft gebotener Feiertage im Sinne der Civil- und Strafprozeßordnung zu."

88.

Wechselrecht.

1) Voraussetzungen eines domizilirten Wechsels mit besonderem Domiziliaten. W.O. Art. 24. 43.
2) Ist bei dem domizilirten Wechsel eine vom Acceptanten verschiedene Person als Domiziliat angegeben, so muß zur Erhaltung des Wechselrechts selbst gegenüber dem Acceptanten, Mangels Zahlung bei dem Domiziliaten Protest erhoben werden, ausgenommen wenn der Domiziliat selbst Eigenthümer des Wechsels bei der Verfallzeit war, und die Wechselklage anstellt.
3) War aber auch der Domiziliat zur Zeit des Verfalls Wechseleigenthümer, hat jedoch später den Wechsel an den Remittenten zurückgirirt, und stellt dann der Letztere die Wechselklage gegen den Acceptanten an, so ist diese verwerflich, wenn nicht rechtzeitig von dem Domiziliaten bei sich selbst Protest erhoben worden ist.

Klemens Rasch als Remittent und Wechselinhaber stellte die Wechselklage an gegen J. G. Koger als Trassaten und Acceptanten auf Bezahlung von 3000 fcs., wogegen der Beklagte einwendete, daß der Wechsel ein domizilirter mit einem bestimmten Domiziliaten, aber keine Protesterhebung erfolgt, und daher das Wechselrecht verloren sei. Kläger bestritt das Vorhandensein eines Domiziliaten und machte eventuell geltend, daß der Domiziliat zur Zeit der Verfallzeit Eigenthümer des Wechsels gewesen sei, also bei sich selbst hätte Protest erheben müssen, was nicht nothwendig sei. Beklagter gab zwar dies Verhältniß zu, bestritt aber die daraus entnommene Folgerung und behauptete, daß jedenfalls die Ausnahme von Art. 43 der W.O. deßhalb nicht anwendbar sei, weil nicht der Domiziliat, sondern der Remittent die Wechselklage angestellt habe. Aus letzterem Grunde hat das Kreisgericht Baden durch rechtskräftiges Urtheil vom 21. Januar 1868 die Klage abgewiesen, mit nachstehenden

Entscheidungsgründen:

„Es ist unter den Parteien unbestritten, daß G. A. Eidenbenz in Genf unterm 8. Januar v. J. auf den Beklagten einen Wechsel im Betrage von 3000 fcs. zahlbar Ende März an die Ordre des Klägers gezogen hat, und daß dieser Wechsel von dem Bezogenen angenommen worden ist; ebenso geht auch aus der anerkannten Wechselurkunde hervor, daß unter der Adresse des Bezogenen steht „zahlbar bei Herrn F. S. Meyer in Baden," und daß der fragliche Wechsel unterm 15. Januar v. J. an dieses Bankhaus indossirt worden ist. Es ist nun zwar von klägerischer Seite behauptet worden, der unter dem Namen und Wohnort des Bezogenen stehende Zusatz enthalte nur eine nähere Bestimmung des Ortes, an dem der Acceptant selbst Zahlung zu leisten habe, allein es ist im Verkehr sowohl als in der gerichtlichen Praxis allgemein anerkannt, daß der Zusatz „zahlbar bei N. in N." außer der Bezeichnung eines bestimmten Zahlungsortes auch die Benennung eines von dem Bezogenen verschiedenen Zahlungsleisters enthält, welcher in dem vorliegenden Falle das Bankhaus F. S. Meyer in Baden ist; dieser erscheint daher als domizilirt und kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Wechsel vom 8. Januar v. J. ein domizilirter Wechsel ist. Art. 24 der W.O. (Borchardt W.O. No. 262). Für derartige Wechsel schreibt aber der Art. 43 der W.O. die Protesterhebung Mangels Zahlung bei dem Domiziliaten unbedingt zur Erhaltung der wechselmäßigen Ansprüche vor, und zwar nicht allein dem Aussteller und dem Indossanten gegenüber, sondern bei Versäumung der Protesterhebung geht auch der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten verloren, wie ausdrücklich in Art. 43 bestimmt und in Art. 44 bestätigt ist. Bei einer derartigen unbedingten gesetzlichen Vorschrift, hat die Ansicht des Appellationsgerichts zu Nürnberg sehr viel für sich, daß, da das Gesetz keine Unterscheidung mache, der Richter auch keine solche zu machen berechtigt sei; wäre daher der Domiziliat zur Verfallzeit des Wechsels auch Wechselgläubiger geworden, müßte dennoch die Protesterhebung erfolgen, d. h. der Domiziliat müßte bei sich selbst den Wechsel protestiren lassen; welche Protesterhebung bei sich selbst übrigens in der Handelswelt gar

Digitized by Google

kein so ungewöhnlicher Vorgang ist. (Borchardt, Anm. 250.) Die allgemeine Praxis hat sich jedoch dieser strengeren Ansicht, wie aus Borchardt Zusatz zu No. 359 hervorgeht, nicht angeschlossen, sie hält vielmehr die Protesterhebung in dem Fall nicht erforderlich, wenn der Domiziliat aus irgend einem Grunde zur Verfallzeit des Wechsels als Eigenthümer desselben erscheint, sei es als Indossatar, sei es daß eine Personen-Identität zwischen dem Zahlungsberechtigten (Trassaten, Remittenten) und dem domizilirten vorhanden ist, da von dem Letztern in diesem Falle behufs Anstellung der Wechselklage nicht erst der Beweis gefordert werden kann, daß er in seiner Eigenschaft als Domiziliat sich nicht selbst gezahlt habe. Hieraus folgt aber, daß es nur dann keines Protestes zur Wahrung der wechselmäßigen Ansprüche gegen den Acceptanten bedarf, wenn der Domiziliat als Zahlungsberechtigter selbst und nicht ein Dritter klagend auftrittt; man kann wohl annehmen, daß der Domiziliat sich selbst gegenüber nicht mehr Mandatar des Acceptanten zur Empfangnahme und Auszahlung der Wechselsumme sein kann. Einem Dritten gegenüber, welcher die Wechselklage anstellt, obwohl der Domiziliat zur Verfallzeit Eigenthümer des Wechsels war, tritt aber der Domiziliat in dieses Mandatsverhältniß zu dem Acceptanten zurück; es muß daher in diesem Falle die Vorschrift des Art. 43 der W.O. Platz greifen, und kann nur durch einen Protest urkundlich nachgewiesen werden, daß die Zahlung der Wechselsumme durch den Domiziliaten nicht erfolgt ist. In dem vorliegenden Falle ward er Domiziliat durch das Indossament vom 15. Januar v. J. zur Verfallzeit Eigenthümer des Wechsels geworden; allein durch ein formloses Rückgiro nach der Verfallzeit an den Remittenten, welches dadurch geschah, daß das Indossament durchgestrichen und der Wechsel dem Remittenten eingehändigt wurde, erscheint nunmehr der Letztere als Eigenthümer des Wechsels, und hat als solcher die Klage erhoben. Der Remittent aber, als eine in dem vorliegenden Falle von dem Domiziliaten verschiedene Persönlichkeit kann die Nichthonorirung des domizilirten Wechsels nur durch einen Protest dem Acceptanten gegenüber darthun, ein solcher wurde aber nicht erhoben, es mußte deßhalb die Klage abgewiesen werden."

— Man darf bei Anwendung des Art. 43 der W.O. nicht übersehen, daß es zweierlei Arten von domizilirten Wechseln gibt, nämlich jene, wenn der Trassat selbst an einem dritten Orte Zahlung leistet (Herrn Peter Paul in Heidelberg, zahlbar in Frankfurt a. M. Katharinenpforte No. 3) und jene, wenn der Trassat durch eine dritte Person (den Domiziliaten) am Zahlungsorte Zahlung zu leisten hat, wie es z. B. auf dem hier fraglichen Wechsel hieß „Herrn J. G. Koger in Oettingen, zahlbar bei F. S. Meyer in Baden-Baden," vergl. Art. 24 der W.O. und Brauer, Wechselordnung S. 80. 81. Renaud, Wechselrecht S. 37.

Art. 43 der W.O. schreibt in Abs. 1 allerdings Präsentation und Protesterhebung für alle domizilirten Wechsel vor, allein nach Art. 44 hängt hievon das Wechselrecht gegen den Acceptanten nicht ab, außer wenn der in §. 43 erwähnte Fall vorliegt, d. i. wenn ein vom Trassaten verschiedener Domiziliat angegeben ist. Abs. 2 des Art. 43 handelt nämlich allein von den Folgen des unterlassenen Protests und beschränkt diese auf das Vorhandensein eines Domiziliaten, d. h. auf den zweiten der obigen Fälle. E. Brauer in Annalen 25 S. 270. 271. W. Brauer, Wechselordnung S. 107. 108. Renaud, Wechselrecht S. 79.

Dieselbe Sache kam nochmals vor den Gerichtshof, indem Rasch den Wechsel am 16. Juni 1868 wiederholt auf Banquier Fr. S. Meyer indossirte, und Letzterer Klage auf dessen Bezahlung erhob. Allein der Gerichtshof verwarf durch Urtheil vom 13. Juli 1868, In Sachen Meyer gegen Koger, diese Klage. Man nahm nämlich an, daß Banquier Meyer auf seine Rechte aus dem ursprünglichen Giro vom 15. Januar 1867 durch dessen Durchstreichung und Rücksendung des Wechsels an den Remittenten Rasch verzichtet habe, und daß ihm das neue Giro vom 13. Juni 1868 keine Rechte verleihe, weil dessen Aussteller Rasch rechtskräftig mit der Klage aus jenem Wechsel abgewiesen war. In eben diesem Urtheile wird bezüglich anderer, gleicher Wechsel wiederholt die Ansicht ausgesprochen, daß Protesterhebung nicht nöthig sei, wenn der Domiziliat bei Verfall des Wechsels dessen Eigenthümer war und dann die Wechselklage anstellt.

Dr. Puchelt.

89.

Unter dem „eingetretenen Erfolg," nach welchem die §§. 225, resp. 232 des Str.G.B. die Strafe bemessen wissen wollen, ist nur das

Digitized by Google

objective Moment der wirklich eingetretenen Körperverletzung zu verstehen.

J. A.S.
gegen
Jakob Spitz von Strittmatt,
wegen Körperverletzung,

sprach sich das großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 19. Juni 1869 über den oben aufgestellten Satz dahin aus:

Die Beschwerde dagegen, daß die Strafkammer dem Angeklagten auch den schließlichen Erfolg der Verletzung zugerechnet und ihn wegen Körperverletzung im Sinne des §. 232 Ziff. 2 des Str.G.B. verurtheilt habe, statt daß sie ihn nur wegen solcher im Sinne der Ziff. 3 jenes §. hätte verurtheilen dürfen, erscheint als ungegründet, indem die Auslegung, welche der Angeklagte dem Gesetze zu geben versucht, nicht als die richtige erkannt werden kann.

Nach §. 225, resp. 232 des Str.G.B. soll nämlich Derjenige, welcher einen Andern mit vorbedachtem Entschluß (oder im Affect) durch eine rechtswidrige Handlung, deren eingetretener Erfolg ihm zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatz zuzurechnen ist, an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt, folgendermaaßen bestraft werden: ꝛc.

Der Erfolg, von welchem diese §§. sprechen, ist daher lediglich die zugefügte Körper- oder Gesundheitsverletzung; diese muß dem Thäter zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatz zugerechnet werden können, um denselben der vorsätzlichen Körperverletzung für schuldig erklären zu können.

Aus den nachfolgenden einzelnen Strafandrohungen ergibt sich aber, daß der Gesetzgeber die größere oder geringere Strafbarkeit der einzelnen Fälle nur nach Maaßgabe des Einflusses der zugefügten Verletzung auf die Gesundheit und auf die Fähigkeit des Verletzten zur Arbeit bestimmen wollte, daß somit die schwereren oder geringeren Folgen, welche die Verletzung auf den Körper oder die Gesundheit des Verletzten nach sich gezogen hat, nur spezielle Strafausmessungsgründe sind, ohne daß es darauf ankommt, ob der Thäter auch diese Folgen gewollt, oder auch nur vorausgesehen hat.

Welchen Einfluß die Körperverletzung auf die Gesundheit oder die Arbeitsfähigkeit des Verletzten gehabt hat, ist somit nicht ein Moment des Thatbestandes bezüglich der subjectiven Willensbestimmung des Thäters, sondern bildet lediglich das objective Moment, nach welchem das Gesetz die Strafe bemessen wissen will. Liegt daher eine Körperverletzung irgend einer Art vor, welche dem Thäter zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zugerechnet werden kann, so muß demselben auch innerhalb der betreffenden Strafgrenze diejenige Strafe zuerkannt werden, welche das Gesetz nach Maaßgabe des Einflusses der Verletzung auf die Gesundheit und die Arbeitsfähigkeit des Verletzten angedroht hat, gleichviel ob der Thäter diesen Einfluß gewollt, oder auch nur vorhergesehen hat, oder nicht.

Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich auch aus §. 234 des Str.G.B., indem darnach selbst alsdann, wenn der Thäter nur eine Mißhandlung des Andern, oder eine geringere als die wirklich eingetretene Körperverletzung beabsichtigt hat, diese letztere ihm gleichwohl zum Vorsatze angerechnet werden soll, wenn diese von ihm als die leicht mögliche Folge der Mißhandlung vorausgesehen werden konnte; es soll also auch in diesem Falle der eingetretene, wenn auch nicht beabsichtigte, schwerere Erfolg dem Thäter zur ordentlichen Strafe zugerechnet werden.

Daß es übrigens die Absicht des Gesetzgebers gar nicht gewesen sein konnte, die Strafbarkeit einer Körperverletzung davon abhängig zu machen, ob der Thäter den schließlichen Erfolg derselben, also den am Ende der Kur eingetretenen wirklichen Schaden voraussehen im Stande war, und ob ihm dieser zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zugerechnet werden könne, ergibt sich wohl am klarsten daraus, daß in einem sehr großen Theil der Fälle nicht einmal der Sachverständige zu ermessen in der Lage ist, welch' nachtheilige Folgen eine ihm bereits vorliegende Verletzung auf die Gesundheit und die Arbeitsfähigkeit des Verletzten schließlich äußern werde, und daher eine solche Voraussehbarkeit derartiger zukünftiger nachtheiliger Folgen der Verletzung in dem Augenblicke der Verübung der That dem Laien wohl in den seltensten Fällen der Körperverletzung würde nachgewiesen werden können, und daher hierdurch die ganze vom Gesetz aufgestellte Strafscala eine rein illusorische sein würde.

Die Strafkammer hat nun thatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte im Affect dem Joh. Bapt. Kaiser die fragliche Verletzung vorsätzlich zugefügt hat, und daß er, was auch vom Angeklagten selbst nicht beanstandet

Digitized by Google

wird, nach seinem Alter und seiner Erfahrung habe wohl wissen müssen, daß mit dem von ihm gebrauchten Werkzeuge, einer Sense, noch weit schwerere Körperverletzungen, als die wirklich beigebrachten, hätten zugefügt werden können, daß sie daher diese letztere dem Angeklagten mindestens zum unbestimmten Vorsatz zugerechnet, und demgemäß bei Ausmessung der Strafe auch die Folgen der Verletzung, nämlich eine Krankheit und vollständige Aebeitsunfähigkeit von 11—12 Wochen, und einen durch den Verlust des Gebrauchs der linken Hand herbeigeführten bleibenden Schaden berücksichtigt; damit hat sie aber die §§. 232 Ziff. 2, 225 und 98 des Str.G.B. richtig ausgelegt und auf die von ihr festgestellten Thatsachen angewendet. Red.

90.

Etwas aus der Praxis eines jüngern Anwalts.

Der geehrte Verfasser des Aufsatzes No. 58 dieser Zeitschrift hat über die sogenannte Praxis der Amtsgerichte seine Ansichten an der Hand einzelner Fälle und Beobachtungen kundgegeben. So sehr man demselben zum Danke dafür verpflichtet sein muß, daß er einzelne unrichtige Auffassungen und Uebungen bei dem Verfahren vor den Amtsgerichten hervorgehoben und dadurch auf die Berichtigung, beziehungsweise Abschaffung derselben einzuwirken versucht hat, so muß man dennoch die Praxis der Amtsgerichte in den Fällen in Schutz nehmen, wo dieselbe sich im Einklange mit den bestehenden Gesetzen und Einrichtungen, die Ansicht des Verfassers dagegen sich damit im Widerspruche befindet.

Dies ist zweifellos mit der, unter Ziff. 1 des erwähnten Aufsatzes enthaltenen Ausführung der Fall.

Um diese Behauptung zu beweisen, genügt eine kurze Darlegung, zu welcher ich mich um so mehr für verpflichtet erachte, weil ich Derjenige war, der sich im gegebenen Falle auf die Praxis der Amtsgerichte berufen und damit wohl die nächste Veranlassung zur Veröffentlichung des dankenswerthen Aufsatzes gegeben hat.

Der Fall wae einfach folgender: die geschiedene Ehefrau des Drebers Sumser dahier hatte ein oberhofgerichtliches Urtheil erwirkt, wodurch ihre Ersatzforderungen an den Beklagten festgestellt worden waren. Bei dem Vollzuge dieses Urtheils ergab es sich, daß derselbe nur noch im Besitze von wenigen Fahrnissen war, welche er auf verdächtige Weise theils zu veräußern, theils aus seiner bisherigen Wohnung wegzuschaffen versuchte.

Um nun der Klägerin einigermaaßen zur Befriedigung ihrer ziemlich bedeutenden Forderung zu verhelfen, trat ich als Armenanwalt auf Grund der §§. 598 Ziff. 2, 606 Ziff. 2, 607 der Pr.O. mit der Bitte um Anlegung eines Sicherheitsarrestes auf, und berief mich zur Bescheinigung der Wegschaffung der Fahrnisse auf zwei Dienstmänner, welche ich mir erlaubt hatte, vor das großh. Amtsgericht mitzubringen. Ich stellte den Antrag, die Zeugen alsbald über diese Thatsache einvernehmen zu wollen, allein demselben wurde mit dem Bemerken nicht stattgegeben, daß die auf diese Weise dargebotene Bescheinigung keineswegs der Absicht des Gesetzes genüge, indem dasselbe eine schon in andern Akten niedergelegte Aussage eines Zeugen verlange. Da mir diese Ansicht als durchaus neu und als gar nicht zutreffend erschien, so berief ich mich dem entgegen auf die Praxis der Amtsgerichte, von denen, soweit mir bekannt, eine solche nie und nimmermehr getheilt weede. Ich hob dabei insbesondere das Amtsgericht H. hervor, bei dem deraetige Fälle häufiger, als an andern Orten vorzukommen pflegen und auf die angegebene Weise behandelt werden.

Meine Hinweisung fand jedoch keinen Eingang; der gestellte Antrag wurde gemäß §. 1013 der Pr.O. für unstatthaft erachtet und ich an das Kreisgericht verwiesen.

Die Ansicht des Richters über die Art und Weise, wie eine Bescheinigung und insbesondere die, durch Zeugen in deeaetigen Fällen beigebracht werden muß, kann sicherlich keine Billigung verdienen.

Wenn ich auch zugeben will, daß eine Bescheinigung durch Zeugen nicht in allen Fällen beigebracht werden kann, so vermag ich doch nimmermehr anzuerkennen, daß sie nur in den Fällen in Anwendung gebracht werden dürfe, wo schon ein, bei einer andern Angelegenheit gerichtlich aufgenommenes Abhöeprotokoll in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorliegt.

Diese Ansicht würde — entgegen der Absicht des Gesetzes — der Bescheinigung durch Zeugen ein viel zu enges Gebiet einräumen und namentlich die berechtigte Uebung gänzlich ausschließen, wo die Aussage eines Zeugen außerhalb des Gerichtszimmers aufgenommen und in urkundlicher Weise beigebracht wird.

Es dürfte aber doch wohl kaum zu bezweifeln sein, daß die unmittelbare Aussage eines Zeugen vor Gericht eine ganz andere Bedeutung für den Richter haben wird,

Digitized by Google

als die einfache Beurkundung seiner, an einem andern Orte gemachten Angabe desselben. Die vorgebrachten Einwürfe, daß die Anwendung dieses Bescheinigungsmittels der Gegenpartie unmöglich mache, ihre etwaigen Einreden gemäß §§. 481. 482. 486 der Pr.O. vorzubringen, und daß ein, von der Partie mitgebrachter Zeuge der erforderlichen Eidesvorbereitung entbehre, zerfallen vollständig durch die Hinweisung darauf, daß eben in allen Fällen, wo es sich um die Anlegung eines Sicherheitsarrestes handelt, der Gegenpartie niemals vor der Erlassung eines dem Antragsteller günstigen Erkenntnisses Mittheilung von dem gestellten Antrage und den verschiedenen Bescheinigungsmitteln gemacht werden darf (§. 608 der Pr.O. a. E.), und daß in denselben Fällen niemals eine Beeidigung der Zeugen nöthig ist. — (§. 378 der jetzigen Pr.O. vergl. mit §. 357 der frühern Pr.O.) Gerade dieser letztere Umstand scheint von dem Richter übersehen worden zu sein und Veranlassung zu der angenommenen irrigen Ansicht gegeben zu haben.

Während der §. 357 der Pr.O. von 1851 die eidliche Aussage eines Zeugen verlangte, läßt §. 378 der Pr.O. von 1864 das Wort „eidliche„ weg und zwar geschah dies nach dem Vorschlage der Commission der II. Kammer. — Vergl. Beilage VI. zu den Protokollen der Kammerverhandlungen 1861/63 S. 537. — Hiezu bemerkte der Berichterstatter Kusel (a. d. a. St. S. 517):

> „Die eidliche Aussage von Zeugen, welche nur vor einem Gerichte geschehen kann, ist keine Bescheinigung mehr, sondern ein wirkliches Beweismittel. Das Gesetz will aber gerade solche Zeugenaussagen als Bescheinigung gelten lassen, welche noch nicht in der vollständigen, gesetzlichen Form niedergelegt sind.
>
> Hier wird jede Form, z. B. die außergerichtliche, unbeeidigte Beurkundung einer Zeugenaussage und wohl auch das genügen, daß der Beweisführer den Zeugen zur Herstellung der Bescheinigung vor das Gericht mitbringt."

Nach dieser Ausführung wurde der §. 378 in seiner jetzigen Fassung von beiden Kammern angenommen.

Hiernach kann doch wohl kein Zweifel mehr über die Absicht des Gesetzes und ebensowenig darüber obwalten, daß die von dem Verfasser in dieser Hinsicht mißbilligte Praxis der Amtsgerichte keineswegs auf schwachen Füßen steht, sondern vielmehr ihre volle Berechtigung hat.

Marbe, Anwalt in Freiburg.

91.

Oberhofgerichtliche Entscheidung.

Keller gegen Kellers Ehefrau in Heiligenzell, Umstoßung einer Theilung betreffend.

1) Anwendung des L.R.S. 887 auf Gemeinschaftstheilungen (L.R.S. 1476) und auf nur theilweise geregelte (partielle) Theilungen. Anerkennung? Verzicht?
2) Auslegung des L.R.S. 217 in Vergleichung mit 218. 219. 221. 222.

Die ehemännliche Ermächtigung, beziehungsweise Mitwirkung zu Rechtsgeschäften der Ehefrau ist nur im Interesse des Ehemannes geboten, genügt daher abgesehen von besonderen gesetzlichen Ausnahmen, auch bei Verträgen der Ehegatten unter sich oder mit Dritten, wenn sie auch zum Vortheil des Ehemanns selbst dienen.

Im Spätjahr 1866 wurde zu Gunsten der Keller'schen Ehefrau die Vermögensabsonderung erkannt und diese kam hierauf auch zum Vollzug. Die Gemeinschaftstheilung, bei welcher die gesetzliche Gütergemeinschaft zu Grund zu legen war, wurde in ihren Hauptergebnissen von beiden Ehegatten anerkannt, während einige nicht ausgeglichene Streitpunkte zu richterlichem Austrag vorbehalten blieben.

Zuerst trat nun der Ehemann Keller mit einer Klage auf Ergänzung der Theilung durch Aufnahme einiger näher bezeichneten Ersatzposten zu Gunsten des Klägers gegen seine Ehefrau auf, welche Letztere dem Klaganspruch unter Bestreitung sämmtlicher Klagposten eine Widerklage auf Umstoßung des ganzen Theilungsgeschäftes wegen Verkürzung über ein Viertel entgegenstellte.

Mit diesem Widerklagbegehren drang sie im ersten und zweiten Rechtszug durch, von den Vorklagposten wurden die meisten, darunter auch Posten 4, zurückgewiesen.

Hiegegen ergriff der Kläger, Widerbeklagte, die Oberappellation. Er beschwerte sich über die Abweisung des genannten Vorklagepostens 4 und vorzüglich über die Zulassung der Widerklage und die Entscheidung nach dem Widerklagbegehren.

Digitized by Google

In beiden Beziehungen hielt jedoch das Oberhofgericht denſelben durch die im Ergebniß übereinſtimmende Entſcheidung der vorderen Gerichtshöfe nicht beſchwert; erließ daher am 8. Juni 1869 ein beſtätigendes Urtheil.

Die Urtheilsgründe, welche die Erörterung mehrerer bezüglichen Rechtsfragen enthalten, ſprechen ſich hierüber aus, wie folgt:

I. Die Widerklage auf Umſtoßung der von Notar Lembke gefertigten Gemeinſchaftstheilung wegen Verkürzung über ein Viertel, welche hier als vorentſcheidender Punkt zuerſt in Betracht kommt, iſt nach L.R.S. 887 rechtlich begründet.

Daß dieſer L.R.S., obwohl zunächſt nur für Erbtheilungen gegeben, auch auf eheliche Gemeinſchaftstheilungen Anwendung findet, iſt aus L.R.S. 1476 klar zu entnehmen und läßt ſich mit Grund nicht beſtreiten. [1])

Zachariä, Handbuch §. 626 Note 1,
Gilbert, code annoté art. 1476 note 1. 2.
Archiv für Rechtspflege, Band 2 S. 334.
Oberhofgerichtl. Jahrbücher, n. F., Bd. 6 S. 115. 509, Bd. 11 S. 158.
Annalen, Bd. 23 S. 10.

Allerdings ſetzt der genannte Landrechtsſatz unzweifelhaft eine endgültig zu Stande gekommene, vollendete Theilung voraus. Ob aber eine ſolche im Sinne des Geſetzes angenommen werden kann, wenn etwa die Hauptpunkte des Theilungswerkes durch Genehmigung endlich erledigt und nur noch einzelne Punkte zu richterlicher Entſcheidung vorbehalten ſind, iſt weſentlich eine thatſächliche Frage des einzelnen Falles. Sind die ausgeſetzten, noch unerledigten Punkte von ſolcher Art, daß ſie in Bezug auf die Frage der Verkürzung von erheblichem Einfluß ſind, je nachdem ſie ſo oder anders entſchieden werden, ſo ſteht dieſer Umſtand der Anſtellung der Umſtoßungsklage allerdings im Wege. Sind dagegen die noch nicht erledigten Punkte nicht von ſolcher Art, kann daher die Verkürzung ſchon jetzt ohne Rückſicht auf die ſpätere Erledigung der noch ausgeſetzten Punkte, beziehungsweiſe Vermögenstheile, füglich ermeſſen werden, ſo ſteht der Anwendung des L.R.S. 887 geeigneten Falles nichts im Wege.

Unter ſolcher Vorausſetzung kann demnach auch gegen nur theilweiſe anerkannte Theilungen (partielle Theilung) die Umſtoßungsklage ſtattfinden.

Vergl. hiezu Demolombe, des successions ad chap. VI. sect. 5 nro. 427 (Brüſſeler Ausg. II. S. 612.) [2])

Ein Fall der letzteren Art liegt nun hier vor und es kann der ganze Theilungsſtreit auf dem bezeichneten Wege füglich ſeine Erledigung finden.

Da die Genehmigung oder Anerkennung des Theilungsaktes nach Obigem ſogar die geſetzliche Vorausſetzung der Anfechtung deſſelben im Wege der Umſtoßungsklage iſt, ſo ergibt ſich von ſelbſt, daß ſie nicht als Verzicht auf eine ſolche Anfechtung und als ein Hindernniß der Umſtoßungsklage aufgefaßt werden kann.

Vergl. die frühere oberhofgerichtliche Entſcheidung in Annalen Band 23 S. 9. 11.

Ein Verzicht auf die mehrerwähnte Klage liegt auch ſonſt nicht vor. In der Anſtellung der früheren Klage auf Herausgabe von Fahrniſſen bei dem großh. Amtsgerichte Lahr kann ein ſolcher Verzicht nicht gefunden werden, da der Nachweis fehlt, daß die Widerklägerin damals ſchon Kenntniß von der Verkürzung hatte und dennoch den Vollzug der Theilung verlangte.

Zachariä, Handbuch §. 626.
Annalen Bd. 23 am angeführten Orte. [3])

---

[1]) Nach Inhalt der ausdrücklichen Beſtimmung des L.R.S. 1476 über die Anwendbarkeit der Regeln über die Theilung von Erbſchaften auf die Theilung des ehelichen Gemeinſchaftsvermögens (womit auch die ähnliche Beſtimmung des L.R.S. 1872 bezüglich der Geſellſchaftstheilungen zu vergleichen iſt) kann dieſe erſte Frage in Wahrheit kaum noch als eine Streitfrage gelten. Vergl. übrigens oberhofgerichtl. Jahrb. alte Folge, Bd. 4 S. 216 und Bd. 5 S. 219. Die in Art. 1476 des Cod. N. gebrauchten Ausdrücke ſind indeß ſolcher Art, daß nach dem Wortlaut des Geſetzes immerhin Zweifel entſtehen konnten, wie Dalloz in ſeinem Repertoire s. voce „Contrat de mariage" No. 2323 andeutet, indem er die richtige Anſicht darlegt.

[2]) Demolombe bemerkt am angeführten Orte ganz allgemein: „Le partage partiel de la succession est d'ailleurs aussi bien que le partage total, soumis à l'action de rescission pour cause de lésion. L'article 888 en effet, ne distingue pas si le partage, qui a causé une lesion du plus du quart comprend tous les biens ou seulement une partie des biens comme par exemple les meubles seulement ou une partie seulement des immeubles etc."

Abweichende Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe aus den Jahren 1839—1841 angeführt in Gilbert, code civil annote ad art. 887 nol. 6 und 7, und in den Annalen Band 9 Beiblatt No. 5 S. 17 und Bd. 10 Beiblatt No. 6, S. 21. Vergl. aber die Entſcheidung des Gerichtshofes zu Nimes, S. 22 am letztgenannten Orte.

[3]) Vergl. auch Stabels Vorträge über franz. Civilrecht

Was die sachliche Begründung der Widerklage betrifft, so behauptete die Widerklägerin unter Darlegung der Zahlenverhältnisse, sie sei dadurch verkürzt worden, daß der Notar vermöge einer willkürlichen, unrichtigen Construirung eines in Wirklichkeit gar nicht vorhandenen Vermögens durch Behandlung verschiedener Posten als Masseschulden, welche Posten nicht als solche zu behandeln waren, ein Gemeinschaftsvermögen von 735 fl., somit als hälftigen Antheil 367 fl. für jeden Theil angenommen habe, während bei richtiger Behandlung sich ein Gemeinschaftsvermögen von 2222 fl., somit als hälftiger Antheil der Betrag von 1111 fl. ergebe, was eine Verkürzung von weit mehr als $^1/_4$ zur Folge hat. Nach der vom Obergericht in seinen Entscheidungsgründen zu 1. gegebenen Nachweisung, womit die untergerichtliche Darlegung im Ergebniß übereintrifft, ist nun in der That eine Verkürzung von mehr als ein Viertel als vorhanden anzunehmen. Indem man sich der Kürze wegen auf die angeführten Nachweisungen bezieht, die auch diesseits als richtig erkannt werden, wird hier nur noch bemerkt, daß die im dritten Rechtszug zu den Acten gegebene Denkschrift (sog. Rechtfertigung des Notars Lembke), auf welche der Anwalt des Oberappellanten sich in seinem Vortrag hauptsächlich bezog, eine andere Anschauung der Sache auf Seiten des Gerichtshofes überall nicht zu bewirken vermochte.

Hienach ist die auf die Widerklage bezügliche Beschwerde des Oberappellanten in keiner Hinsicht als begründet zu erkennen, das angefochtene Urtheil daher in diesem Punkte zu bestätigen.

II. Der hienach allein noch in Betracht kommende Posten 4 der Vorklage im Betrag von 750 fl. bezieht sich auf Bürgschaften, die der Kläger im Jahr 1864 auf Ersuchen seiner Ehefrau für deren Bruder Karl Hibel übernommen habe und auf Zahlungen, die er aus dem Erlöse seiner zu diesem Zweck versteigerten Güter geleistet haben will, und wofür ihm die Beklagte den Rückersatz aus ihrem eigenen Vermögen versprochen, auch eine urkundliche Anerkennung gegeben haben soll.

Wenn das Obergericht den Kläger mit diesem Posten deßhalb zurückwies, weil es der Ansicht folgte, daß nach den Grundsätzen des Landrechts (gemäß L.R.S. 215. 217. 1124. 1395. 1595 in Vergleichung mit L.R.S. 1095. 1096 und 1577) eine Verbindlichkeitsübernahme der Ehefrau für den Ehemann gar nicht wirksam Statt finden könne, weil Verträge zwischen Ehegatten während der Ehe nach dem System des Gesetzes gar nicht gestattet, die gesetzlich vorgesehenen besonderen Abweichungen nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten seien,*) so kann man zwar in diesem Punkte seiner Ansicht nicht beipflichten. Nach der richtigeren Ansicht, die schon bei älteren französischen Rechtslehrern vorkommt*), in neuerer Zeit besonders von Stabel vertheidigt und von den namhaftesten französischen Rechtslehrern festgehalten wurde, ist nämlich das Gesetz nach seinem Geist und der geschichtlichen Entwickelung seines Systems dahin auszulegen, daß die ehemännliche Ermächtigung nicht den Charakter einer vormundschaftlichen Aufsicht hat (da sie nicht aus dem Grundsatz der Geschlechtsschwachheit oder des Mundium's abzuleiten ist) vielmehr nur im Interesse des Ehemanns selbst vorgeschrieben ist, mithin nur dritten Personen gegenüber, nicht aber gegenüber dem Ehemann erforderlich erscheint, und daß hienach bei Verträgen unter Ehegatten — so weit sie nicht vom Gesetz aus besonderen Gründen sachgemäß beschränkt sind (L.R.S. 1096. 1595) — der Zweck des Gesetzes erreicht ist, sobald beide Ehegatten selbst einig sind. Diese Auslegung entspricht auch durchaus dem Wortlaut des L.R.S. 217, wonach es schlechthin genügt, wenn der Ehemann zu dem Rechtsgeschäft selbst mitwirkt.*) Sie widerspricht auch nicht dem L.R.S. 1124, da dieser die Ehefrauen, wie die Minderjährigen, nur in ihrer Art für unfähig erklärt, Verträge zu schließen; ebenso verletzt sie auch nicht den Grundsatz des L.R.S. 1395, wonach Eheverträge nach geschlossener Ehe keine Veränderung erleiden können, da der Vorbehalt, daß Verträge der Ehegatten, sofern sie etwa zur Umgehung des L.R.S. 1395 abgeschlossen werden, als ungültig angegriffen werden können, sich von selbst versteht, der angeführte Grundsatz daher keinen Abbruch leidet.

Vergl. Stabel, Verträge über französisches Civilrecht §. 45 S. 170. 171.

S. 196, sowie die in Kuh, Landrecht S. 444 angegebene ausgedehnte Literatur zu L.R.S. 1338 Abs. 2 und 3.

*) Diese Ansicht war in den Gründen zum obergerichtlichen Urtheil als Hauptgrund für die Bestätigung in Bezug auf den Klagposten 4 näher entwickelt und wurde in der oberhofgerichtlichen Verhandlung vom Anwalt der Beklagten, Oberappellatin, gut vertheidigt.

*) Man vergleiche die am Schlusse gegebenen Nachweisungen.

*) Im französischen Text „concours du mari dans l'acte."

Digitized by Google

Marcadé, cours de droit, ad art. 224 II.
Demolombe, du mariage chapr. 6 nro. 234. 236. 240.
Zachariä, Handbuch §. 472 Eingang und Note 35, Ausgabe von Anschütz Note 40, auch Aubry et Rau §. 472, Note 41 seq. und Massé et Vergé[7]) t. 1 p. 238.
Lankhard, Rechtsfälle Band 2 S. 29 ff.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. 9 S. 365.
Gilbert, code annoté ad art. 217 note 23 und besonders Supplément ad art. 217 note 5.

Die angefochtene Entscheidung rechtfertigt sich jedoch dennoch aus dem schon vom Untergericht entwickelten, auch vom Obergericht nicht verkannten, obwohl nicht weiter verfolgten Grunde, weil dieser bestrittene Posten nach den Umständen des Falles nicht als genügend thatsächlich begründet betrachtet werden kann. An Zeit und Gelegenheit, auch an besonderer Aufforderung zur Verbesserung des wesentlichen Mangels seines unbestimmten, in den Summen wechselnden Vorbringens (Tagfahrt vom 29. April d. J., L.R.A.S. 91) hat es dem Kläger keineswegs gefehlt, er unterließ aber die nach Sachlage nicht zu entbehrenden näheren Nachweise zu geben, weßhalb eine Abweisung hinsichtlich dieses Postens erfolgen muß. Man bezieht sich in dieser Hinsicht auf die schon erwähnten Gründe des Untergerichts zu seinem ersten Erkenntniß (zu IV.)

Das angefochtene Urtheil ist demnach u. s. w.

Was die in vorstehenden oberhofgerichtlichen Urtheilsgründen zuletzt erörterte Frage der Auslegung des L.R.S. 217, in Vergleichung mit L.R.S. 218—222 betrifft, so ist der fortschreitende Gang der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung sehr bemerkenswerth, indem man daran ersieht, wie die richtige Auffassung des Wesens der ehemännlichen Ermächtigung, anfänglich getrübt durch den nachwirkenden Einfluß älterer Anschauungen, die selbst bei dem Cassationshof Eingang gefunden hatten, immer mehr und mehr zur Geltung gelangte.

Daß die richtige Ansicht schon frühe öfters volle Anerkennung fand, zeigen die von Dalloz im répertoire s. voce „mariage" (Band 31) unter No. 813 angeführten älteren Entscheidungen.

Dalloz selbst erklärt sich daselbst, No. 812, unter Berufung auf Delvincourt und Demolombe entschieden für die mehrerwähnte Ansicht und weist dabei namentlich auch mit Recht auf die ganz allgemeine Wortfassung des Art. 217 des C. N. („sans le concours du mari") und auf das Willkürliche der von Schriftstellern (wie u. A. von Duranton) angenommenen Unterscheidung des Falles, in welchem das Interesse des Ehemannes allein, und des Falles, in welchem zugleich auch das Interesse eines Dritten im Spiele ist. Im letztern Falle hielt man wohl die ehemännliche Ermächtigung für hinreichend, indem man die bekannte Regel „nemo potest esse auctor in rem suam" in dem Falle, wo es sich um ein Geschäft mit einem Dritten, wenngleich auch zum Vortheil des Ehemanns, handelt, für nicht anwendbar ansah. Im anderen Fall dagegen betrachtet man (unlogischer Weise) die Ermächtigung des Gerichts als nothwendig. *)

Nach der richtigen Ansicht ist aber diese Regel überhaupt hier gar nicht anwendbar, sie paßt auf die Vormundsgewalt, auf die auctoritas tutoris, keineswegs aber auf die ehemännliche Gewalt (puissance maritale) auf die Ermächtigung oder Mitwirkung, wodurch der Ehemann nur seine ehemännlichen Interessen wahrt und seine Gewalt aufrecht erhält.

Dies wurde schon von Pothier, puissance du mari (No. 3. 4) vollkommen anerkannt, er hielt für beiderlei Fälle zwar die (förmliche) Ermächtigung des Ehemanns für nothwendig, aber auch für genügend. Dabei ging er von dem ganz richtigen Satz *) aus, daß die gerichtliche Ermächtigung nur für die im Gesetz Art. 218. 219. 221. 222, besonders bezeichneten Fälle (Weigerung, Abwesenheit des Ehemannes u. s. w., Fälle, wo der Ehemann nicht ermächtigen will oder wegen persönlicher Rechtsunfähigkeit nicht kann) einzutreten hat (No. 12. 23 u. ff. 68—70).

Er führt (No. 42) an, daß Ricard, Lebrun

---

[7]) Französische Bearbeiter von Zachariä's Handbuch, ebenso wie Aubry und Rau.

*) Weil der Einfluß des betheiligten Ehemannes hier mehr zu fürchten sei. Vergl. hiegegen besonders Aubry und Rau §. 472 Note 42.

*) Vergl. Bekk im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung, S. 57. Dalloz, répertoire am angeführten Orte No. 812. Aubry et Rau, §. 472 5°. Demolombe am angeführten Orte No. 232.

Digitized by Google

und andere (ältere) Schriftsteller bei Verträgen zwischen Mann und Frau während der Ehe überhaupt die Nothwendigkeit der Ermächtigung ausschließe.

Eben diese Schriftsteller führt auch Solon, traité des nullités chap. II., sect. I., No. 108 an, und erklärt sich eben dort unter Beziehung auf eine Entscheidung des Cassationshofes von 1814 für die nämliche Ansicht, indem er (No. 110) bemerkt, man solle nicht glauben, daß die Ehefrau dadurch allein, daß ihr Ehemann sie in Verträgen, wobei er selbst ein Interesse habe, ermächtige, große Gefahr für ihr Vermögen laufe.

Endlich legt der schon angeführte Schriftsteller Delvincourt, cours de code civil, tome 1 p. 396 seq. der Brüsseler Ausgabe vom Jahr 1827, klar und entschieden den richtigen Gesichtspunkt dar. Derselbe weist hiebei auf die Bestimmung des Art. 1419 hin, welcher auf die Voraussetzung gegründet sei, daß die Schuld im Interesse des Ehemannes eingegangen wurde und gleichwohl annehme, daß die Bewilligung des Ehemanns zur gültigen Eingehung der Schuld von Seiten der Ehefrau genüge; er ist hienach der Ansicht, daß der genannte Artikel die Frage förmlich entscheide. Ferner bemerkt dieser Schriftsteller, das gegentheilige System würde bald dahin führen, daß die gerichtliche Ermächtigung die Regel, die ehemännliche Ermächtigung nur die Ausnahme wäre, denn in der Mehrzahl der Fälle handle ja die Ehefrau bei der Schuldeingehung im Interesse des Ehemanns.

Die neuere und neueste französische und badische Literatur ist bereits oben in den oberhofgerichtlichen Gründen angegeben.

In Bezug auf die badische Literatur ist die Zeit vor der Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaft durch Gesetz vom 28. August 1835 von der späteren Zeit zu unterscheiden. In der ersterwähnten Zeit mußte sich die badische Literatur unter der Herrschaft des alten Systems der Geschlechtsbeistandschaft (L.R.S. 518a bis k) auf diesem Gebiete in eigenthümlicher Weise entwickeln. Außer Brauer's Erläuterungen (Band 1 S. 196 zu Satz 212 S. 357 zu 512a auch Bd. 3 S. 349 zu Satz 1427) sind als hierher gehörig mehrere Abhandlungen im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung hervorzuheben, nämlich Band 1 S. 56 und S. 402 Band 2 S. 293 und S. 305.

Daß es auch schon damals in Baden an Vertretern der richtigen Auffassung des Wesens der ehemännlichen Ermächtigung nach französischem Rechte nicht fehlte, ist aus zwei dieser Abhandlungen, besonders aber aus dem ersten Aufsatz von Bekk zu ersehen.

Die Hauptergebnisse der richtigen Ansicht über den Charakter der ehemännlichen Ermächtigung (Art. 215. 217 in Vergleichung mit Art. 218—222 des Gesetzbuchs) nach französischem sowie nach jetzigem badischen Recht lassen sich nun in folgende Sätze zusammenfassen:

1) Die gesetzlich geforderte Ermächtigung des Ehemannes zu Rechtshandlungen der Ehefrau [10]) (L.R.S. 215. 217 ff.) ist nur im Interesse des Ehemannes selbst geboten, sie ist ein Ausfluß seiner ehemännlichen Gewalt, beruht dagegen keineswegs auf dem Grunde der Schwäche des weiblichen Geschlechtes und hat nicht den Charakter einer vormundschaftlichen Beaufsichtigung.

2) Es genügt daher, abgesehen von den besonders vorgesehenen gesetzlichen Ausnahmen (wie L.R.S. 1096. 1595) die Ermächtigung des Ehemanns auch bei solchen Verträgen, die zum Vortheil des Ehemannes selbst dienen und zwar nicht nur bei Verträgen mit Dritten, welche auch den Vortheil des Ehemannes berühren, sondern ebensowohl auch bei Verträgen zwischen den Ehegatten selbst. (L.R.S. 217 verglichen mit L.R.S. 1595. 1419 u. s. w.)

3) Die Regel: „Nemo auctor in rem suam esse potest," findet demnach auf die Zustimmung des Ehemannes zu Rechtshandlungen seiner Ehefrau gar keine Anwendung. Er willigt ein kraft und in freier Ausübung seiner ehemännlichen Gewalt, zur Wahrung seines Interesses.

4) Eine gerichtliche Ermächtigung tritt nach Maßgabe des Gesetzes (L.R.S. 218 ff.) nur in den im Gesetz, namentlich in den Landrechtssätzen 218. 219. 220 und 222 besonders vorgesehenen Fällen, ergänzend und aushilfsweise ein, in solchen Fällen nämlich, wo der Ehemann seine Ermächtigung, nach den Umständen ohne genügenden Grund verweigert, also nicht ermächtigen will, sowie in solchen Fällen, wo er die Ermächtigung wegen Abwesenheit oder im Gesetze begründeter persönlicher Rechtsunfähigkeit wie Mundtodtsein, Minder-

---

[10]) Letzte Willensverfügungen kann die Ehefrau nach L.R.S. 226 ohne Ermächtigung des Ehemanns treffen. Siehe auch L.R.S. 1096.

Wegen der Ermächtigung der Ehefrau zum Stehen vor Gericht und der gesetzlichen Ausnahmen von dieser Regel, vergl. L.R.S. 215. 216, Pr.O. §. 1057.

Digitized by Google

jährigkeit u. s. w. nicht ermächtigen kann. Zu diesen Fällen gehört aber die Betheiligung des Ehemannes wegen seines eigenen Interesses sowohl nach der Wortfassung als auch nach dem Sinne des Gesetzes überall nicht.[11]) Wo der Ehemann in der Lage ist, seinen Willen, der hier entscheidet, selbst auszusprechen, bedarf es keiner Angebung des Gerichts.

Die gerichtliche Ermächtigung ist auch in ihren Wirkungen dem Ehemann gegenüber wesentlich beschränkt. (L.R.S. 1426. 1417. 1555.)[12])

5) Als Ermächtigung genügt jede Mitwirkung oder Erklärung des Ehemannes, welche seine Einwilligung sicher kund gibt.[13])

6) Daß der Mangel der Ermächtigung nur von der Ehefrau, dem Ehemann und deren Erben geltend gemacht werden kann, mithin nicht als ein unbedingter (absoluter) Nichtigkeitsgrund gilt, ist in L.R.S. 225 ausdrücklich bestimmt.[14]) Es ergibt sich dies nach Obigem und im Hinblick auf die allgemeine Vorschrift des L.R.Z.S. 6° von selbst.

E. Brauer.

92.

Vorbehalt eines Kapitals von Seiten der Vermögensübergeber, um sich neben dem bedungenen Leibgeding auch eine Rente zum Lebensunterhalt zu sichern, verbunden mit einer Schenkung desselben unter Lebenden.

In Sachen

der Wittwe Gertrud Keller, geb. Kech in Leipferdingen, nun deren 3 Erben Liquidanten, Appellanten, Coappellaten, Oberappellaten,

gegen

die Gantmasse des Joseph Fuchs in Freiburg, Liquidatin und die Gläubiger dritter Ordnung: Joseph Fuchs, Soldat im 5. Infanterieregiment in Freiburg, Robert Fuchs, unter Vormundschaft des Fridolin Jung in Niederrimsingen, Mitliquidanten, Appellaten, Coappellanten, hier den Gantmann Joseph Fuchs selbst, Oberappellanten,

Forderung und Vorzug betr.

In dem Ganturtheil des großh. Amtsgerichts Freiburg vom 5. August 1868, waren die Liquidanten mit den aus dem Vorbehaltscapital von 10,000 fl. hergeleiteten Ansprüchen abgewiesen, dagegen war durch Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 26. November 1868, das Ganturtheil bezüglich der Abweisung der drei Liquidanten mit ihrer Forderung von 5000 fl. als $^3/_4$ des Vorbehaltscapitals von 6666 fl. 40 kr. nebst Zins dahin abgeändert worden:

„Die drei Liquidanten seien mit dieser Forderung im Betrage von 5000 fl. nebst 4 pCt. Zins vom 5. Dezember 1867 in III. Ordnung mit Vorzug vom 12. März 1849 auf den zur Gantmasse gezogenen Erlös der in der Vermögensübergabe der Joseph Keller'schen Eheleute vom 21. Februar 1846 bezeichneten Liegenschaften zu lociren.

Von den Kosten beider Rechtszüge habe die Gantmasse $^7/_8$, dagegen haben die Xaver Dittle'schen und Adlerwirth Müller'schen Eheleute das weitere Achtel jener Kosten zu tragen."

Auf die von dem Gantmanne Joseph Fuchs hiergegen ergriffene Oberappellation wurde am 3. Juni 1869 nach gepflogenen Verhandlungen von großh. Oberhofgericht zu Recht erkannt:

Das Urtheil des Appellationssenats sei, insoweit dagegen oberappellirt worden ist, theils zu bestätigen, theils dahin abzuändern:

Die drei Liquidanten seien mit ihrer Forderung, jedoch nur im Betrage von 3333 fl. 20 kr. nebst 4 pCt. Zins vom 5. Dezember 1867 in dritter Ordnung mit Vorzug vom 12. März 1849 auf den zur Gantmasse gezogenen Erlös der in der Vermögensübergabe der Joseph Keller'schen Eheleute vom 21. Februar 1846 bezeichneten Liegenschaften zu lociren.

---

[11]) Vergl. dagegen Brauers Erläuterungen, Band 1 S. 196 und Band 3 S. 349.

[12]) Ob in allen bezüglichen Fällen oder nur im Falle der Ermächtigung wegen Weigerung des Ehemanns, also gegen seinen Willen, ist nicht unbestritten. Zachariä, Handbuch §. 472. gegen Ende. Vergl dagegen Aubry et Rau, §. 472 Note 84 und 85. Demolombe, am angeführten Orte No. 319.

[13]) Helf im mehrerwähnten Archiv, Band 1 S. 7 Note 5. Delvincourt, am oben angeführten Orte S. 395. Zachariä, Handbuch §. 472. Aubry et Rau, §. 472. 7°.

[14]) Anders nach früherem französischen Recht Pothier, puissance du mari nro. 5

Mit ihrer Mehrforderung werden die Liquidanten abgewiesen.

Von den Kosten der dritten Instanz fallen dem Gantmann $^2/_3$, den Liquidanten $^1/_3$ zur Last.

Entscheidungsgründe.

Gegen das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 26. November 1868 hat nur der Cridar das Rechtsmittel der Oberappellation in soweit ergriffen, als dasselbe die Ansprüche der 3 Liquidanten auf 3 Viertheile des Restes des Vorbehaltscapitals im Betrag von 6666 fl. 40 kr. betrifft; seine Beschwerde erscheint jedoch nur theilweise als begründet.

Die Beurtheilung dieser Beschwerde hängt zunächst von der Auslegung des Vermögensübergabsvertrags vom 21. Februar 1846 ab.

Bei der Auslegung von Verträgen gilt nun als Regel, daß dabei mehr auf die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen, als auf den buchstäblichen Sinn der Worte Rücksicht zu nehmen ist, und daß von mehreren Nebengedingen eines durch das andere seine Auslegung erhalte, und einem jeden der Sinn beigelegt werden soll, welcher sich aus dem Gegenstand und Zwecke des ganzen Rechtsgeschäftes ergibt. L.R.S.S. 1156 und 1161.

Es ist nun zwar richtig, daß in der Einleitung und in den weiteren vorbereitenden Acten der Vermögensübergabe das fragliche Vorbehaltscapital von 10,000 fl. als ein eigenthümlicher Vorbehalt der Uebergeber bezeichnet, daß dasselbe an dem zu übergebenden Vermögen in Abzug gebracht, und der Gutsübernehmer angewiesen ist, dasselbe an die Uebergeber zu zahlen.

Allein schon bei dieser letzteren Bestimmung zeigt sich, daß hiermit nicht eine wirkliche an die Uebergeber, sei es sofort, oder später zu leistende Zahlung gemeint ist, denn es ist die mit einer solchen Annahme im Widerspruch stehende Verfügung beigesetzt, daß dieses Kapital auf der Mühle stehen zu bleiben habe.

Dies ist nun aber in den Bedingungen des eigentlichen Uebergabsvertrags nicht nur ausdrücklich wiederholt, sondern es ergibt sich noch weiter aus denselben, namentlich aus den §§. 4—6, daß das Vorbehaltscapital überhaupt niemals an die Uebergeber selbst, sondern daß an sie nur die 4prozentigen Zinsen daraus bezahlt werden sollten.

Nach §. 5 soll nämlich bei dem Tode des einen der Uebergeber ein Drittheil dieses Vorbehaltscapitals nicht etwa an diesen, beziehungsweise seinen Rechtsfolger bezahlt, sondern es soll unter sämmtliche 6 Vermögensübernehmer gleichheitlich vertheilt werden; und bezüglich der übrigen 2 Drittheile ist auch nicht bestimmt, daß diese etwa in das ausschließliche Eigenthum des überlebenden Uebergebers übergehen sollen, — eine Bestimmung, welche schon um deßwillen nothwendig gewesen wäre, weil jeder der Uebergeber das Vermögen nur zur Hälfte übergeben hat, also jedenfalls auch nur einen Anspruch auf die Hälfte des Vorbehaltscapitals gehabt haben würde; es soll vielmehr der Längstlebende, — gleichwie nur 2 Drittheile des Leibgedings, — ebenso nur die Zinsen aus 2 Drittheilen des Vorbehaltscapitals zu beziehen haben.

In §. 6 endlich haben die Uebergeber auch die Bestimmung über den Rest des Vorbehaltscapitals von 2 Drittheilen für den Fall getroffen, daß auch der letztlebende Uebergeber stirbt, indem sie dem Uebernehmer für diesen Fall auferlegten, dieses Restcapital ebenfalls an alle gegenwärtigen Erben, d. i. an alle 6 Vermögensübernehmer in 3 verzinslichen Jahresterminen auszubezahlen.

Diese Bestimmungen in §. 5 und 6 des Uebergabsvertrags haben aber selbstverständlich für jeden der beiden Fälle, sei es daß der übergebende Vater, oder die Mutter der Längstlebende sei, ihre Geltung, da die Uebergeber, obgleich sie nicht voraussehen konnten, wer von ihnen den andern überleben werde, einen Unterschied zwischen dem einen und dem andern Fall nicht gemacht haben.

Wenn hiernach auch die Uebergeber dem Wortlaute nach sich das Capital von 10,000 fl. als einen eigenthümlichen Vorbehalt ausbedungen haben, so ergibt sich doch aus dem Zusammenhalte der erwähnten verschiedenen Bestimmungen, insbesondere des eigentlichen Uebergabsvertrags, daß es keineswegs ihre Absicht war, sich selbst dieses Capital jemals ausbezahlen zu lassen, oder überhaupt sich ein Eigenthumsrecht an demselben und damit eine vollkommen freie Dispositionsbefugniß darüber vorzubehalten.

Ueber das Kapital selbst haben sie vielmehr schon in der Vermögensübergabe verfügt, indem sie dasselbe, gleichwie ihr übriges Vermögen, schon in dieser den 6 Kindern und Vermögensübernehmern zugewendet, sich damit zu Gunsten der Letzteren der Disposition darüber begeben, und sich nur den Zinsengenuß aus dem Kapital vorbehalten haben. §. 18 d. Ges. über d. Verm. Ueberg.

Der Zweck dieses Kapitalvorbehaltes war somit augen-

Digitized by Google

scheinlich nur der, für die Lebensdauer der Uebergeber sich durch den Genuß der Zinsen aus diesem Kapital neben dem bedungenen Leibgeding eine Rente zu ihrem Lebensunterhalte zu sichern. Damit aber dieser Zweck um so besser erreicht werde, sollte dieses Capital nicht ebenfalls sofort unter die Vermögensübernehmer vertheilt, sondern bis zum Tode des einen und des andern Uebergebers auf den in eine Hand übergebenen Liegenschaften stehen bleiben, damit die Uebergeber ihre Rente aus einer Hand erhalten konnten, und sie zugleich für deren Bezug durch das ihnen auf jene Güter zustehende Vorzugsrecht gesichert seien; nur aus diesem Grunde wohl wurde auch dieses Capital von dem sofort zu vertheilenden Vermögen ausgeschieden und von demselben in Abzug gebracht; erst nach dem Absterben des einen und des andern Uebergebers sollte sodann die wirkliche Vertheilung auch dieses Capitals unter die Vermögensübernehmer erfolgen, während der Maaßstab dieser Vertheilung schon in der Vermögensübergabe selbst durch die Uebergeber in der Weise festgesetzt war, daß jeder Uebernehmer an demselben, gleichwie bei dem sofort vertheilten Vermögen, einen ganz gleichen Antheil erhalten sollte. §. 8 d. alleg. Ges.

So hat es auch die ursprüngliche Liquidantin, die Mitübergeberin Gertrude Keller Wittwe, angesehen, indem sie in ihrer Liquidation vom 7. September 1867 ihre rückständige Zinsenforderung aus dem Vorbehaltskapital überall als Leibrente geltend gemacht hat.

Das Recht auf dieses bei dem Gutsübernehmer wirklich ausstehende Capital sollte hiernach schon durch die Vermögensübergabe definitiv auf die 6 Vermögensübernehmer übertragen werden, und nur der Vollzug dieser Uebertragung, d. i. die wirkliche Auszahlung an sie, sollte auf den Tod des einen und des andern Uebergebers vertagt sein. Die Keller'schen Eheleute haben somit zu ihren Lebzeiten auch diesen Theil ihres gegenwärtigen Vermögens in Freigebigkeitsweise an die 6 Vermögensübernehmer unwiderruflich übergeben, sie haben daher hiermit an dieselben eine Schenkung unter Lebenden gemacht. L.R.S. 894.

Demolombe, édit. Belg. t. X. p. 122 seq. nro. 373 seq. in spec. 387 seq.

Marcadè t. III. ad art. 493. I.

Daß in der Vermögensübergabe durchgehends die Ausdrücke: „Erben, Erbe und erben" gebraucht sind, kann dieser Auslegung nicht entgegenstehen, da es bei der Beurtheilung eines Rechtsgeschäftes nicht auf die in demselben gebrauchten Benennungen, sondern lediglich nur auf die rechtliche Natur und das Wesen desselben ankommen kann.

Dieser Auslegung kann auch der Umstand nicht entgegengehalten werden, daß weder die erstehelliche Tochter Katharina Keller verehelichte Dietrich, noch ein Rechtsfolger des verstorbenen Joh. Martin Keller ihre Betreffnisse an dem Vorbehaltskapital in der Gant liquidirt haben, da es völlig unbekannt ist, aus welchem Grunde die Geltendmachung dieser Ansprüche unterlassen wurde.

Nach dem Bisherigen kann auch nicht mit dem Appellationssenat angenommen werden, daß der Uebergabsvertrag bezüglich der erstehelichen Tochter Katharina Keller durch die Zuweisung eines Sechstels von den restlichen 6666 fl. 40 kr. einen verbotenen Erbvertrag über den Nachlaß der Wittwe Keller enthalte. Denn abgesehen davon, daß man zur Zeit der Vermögensübergabe noch gar nicht wissen konnte, welcher von beiden Uebergebern der Längstlebende sein werde, und dies ebensogut auch der Vater der Katharina Keller hätte sein können, so haben die Uebergeber, wie gezeigt, sich schon in der Vermögensübergabe selbst des Eigenthums an dem Vorbehaltscapital von 10,000 fl. zu Gunsten der 6 Vermögensübernehmer definitiv begeben, die restlichen 2 Drittheile konnten daher nicht mehr in dem Nachlasse der Wittwe Keller, auch wenn sie die Längstlebende war, vorhanden sein, und der Vertrag über dieselben kann deßhalb auch nicht als ein Erbvertrag über diesen Nachlaß betrachtet werden.

Der Vertrag hat allerdings das Eigenthümliche, daß auch die Wittwe Keller die Hälfte des Vermögens an die erstehelliche Tochter, somit an eine ihr gegenüber nicht Erbberechtigte, mitübergeben hat, und daß diese dadurch, wie bei der deutschrechtlichen Einkindschaft, mit den Kindern zweiter Ehe gleichgestellt worden ist. Allein eine Schenkung unter Lebenden auch an ihre Stieftochter zu machen, oder derselben einen Theil ihres Vermögens zu übergeben, war der Wittwe Keller nicht verboten, insoferne sie nur den Pflichttheil ihrer eigenen Kinder dadurch nicht verletzte; §. 2 des alleg. Ges.; von welcher Seite aber der Vertrag nicht angefochten worden ist. (Schl. flgt.)

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 14.**

(Schluß von Art. 92.)

Diese Bestimmung des Uebergabsvertrags bezüglich der erstehelichen Tochter Katharina hat übrigens nach dem Inhalte des Vertrags selbst augenscheinlich einen ganz andern Grund, als damit dieser Tochter eine reine Freigebigkeit zuzuwenden. Die Katharina Keller hatte, wie der Vertrag anerkennt, als Erbin ihrer verstorbenen Mutter und Schwester Ansprüche an das vorhandene und zu übergebende Vermögen; allein diese Ansprüche waren wegen Mangels von Inventarien und Theilungen mit Sicherheit nicht mehr zu ermitteln, und offenbar, um weit aussehende Streitigkeiten hierüber abzuschneiden, wurden ihr neben dem Voraus von 3000 fl. jene Rechte an das zu übergebende Vermögen eingeräumt, wogegen sie auf alle weiteren Ansprüche an den Nachlaß ihrer verstorbenen Mutter und Schwester verzichtete. Der Vertrag trägt daher bezüglich dieser Uebernehmerin mehr die Natur einer vergleichsweisen Abfindung für ihre gedachten Erbansprüche an sich.

Hiernach sind aber die 3 Liquidanten allerdings nicht befugt, auf den Grund ihrer Eigenschaft als gesetzliche Erben der Wittwe Keller, oder des letzten Willens derselben, $^{3}/_{4}$ des fraglichen Restcapitals in Anspruch zu nehmen, wohl aber haben sie auf den Grund der Vermögensübergabe ein Recht, $^{3}/_{4}$ jenes Kapitals zu verlangen. Eine vollständige Abweisung der Liquidanten mit ihren Ansprüchen, wie sie der Cridar in erster Reihe begehrt, erscheint daher um so weniger begründet, als ihre Legitimation zu jenem geringeren Anspruch sich aus der Vermögensübergabe selbst ergibt, welche einen Theil der Klagbegründung bildet ꝛc.

Der Cridar hat zwar in einem Nachtrag zur Oberappellationsbeschwerdeschrift noch weiter die Procedur der vordern Instanzen wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens angefochten, ohne damit jedoch weitere materielle Beschwerden aufzustellen. Da nun in dem Vorhergehenden sämmtliche materielle Beschwerden, welche der Cridar in der Hauptbeschwerdeschrift aufgestellt hat, der Beurtheilung unterworfen worden sind, so fällt die Beschwerde wegen bloser Formverletzung als gegenstandlos hinweg. §. 1106 Ziff. 3 der Pr.O. Red.

93.

Ist §. 4 des Str.G.B. auf alle Handlungen des Inländers im Auslande anwendbar, oder nur auf solche, welche der Inländer verübte, während er die Inländereigenschaft hatte?

Conrad Hauser von Zell, im Jahre 1855 Soldat, entwich nach Frankreich, nahm Kriegsdienste bei der Fremdenlegion und ließ sich, nachdem er den Krimmkrieg mitgemacht und den Abschied erhalten hatte, in Schiltigheim bei Straßburg nieder, woselbst er sich auch verheirathete.

Durch Erkenntniß des großh. Oberamts Offenburg vom 20. Juli 1855 wurde derselbe wegen Desertion in die gesetzliche Vermögensstrafe verurtheilt und zugleich des Staats- und Ortsbürgerrechts für verlustig erklärt. Im Frühjahr 1868 kehrte er in das Großherzogthum zurück, ließ sich in seiner Heimathsgemeinde nieder und wurde auf seine Bitte durch höchste Entschließung vom 8. April 1868 „pardonnirt."

Im Herbste 1868 wurde Hauser wegen Verdachts eines in Offenburg verübten Diebstahls in Untersuchung gezogen; Erhebungen über den Leumund an seinem früheren Aufenthaltsorte Schiltigheim ergaben, daß Hauser durch Contumacialurtheil des Zuchtpolizeigerichts Straßburg vom 22. Juni 1868 wegen Diebstahls und Diebstahlsbegünstigung verurtheilt worden war, sich jedoch der Untersuchung und Strafe durch die Flucht entzogen hatte.

Die Staatsanwaltschaft Offenburg beantragte die Untersuchung auf die den Gegenstand obigen Urtheils bildenden Verbrechen auszudehnen. Sie ging davon aus, daß, wenn auch die dem Hauser wegen Desertion ertheilte Begnadigung sich auf die Verlustigerklärung des

Digitized by Google

Staats- und Ortsbürgerrechts nicht erstrecke, — §. 24 des Str.G.B. — Hauser mindestens heimathsberechtigt in Baden und da er dauernde Niederlassung in seiner Heimathsgemeinde nahm, nunmehr als badischer Unterthan anzusehen und demgemäß den badischen Strafgesetzen, insbesondere den §§. 2 und 4 des Str.G.B. unterworfen sei. Die Staatsanwaltschaft hielt es für unerheblich, ob Hauser im Augenblick der Verübung der Verbrechen im Auslande Inländer oder Ausländer war, nach ihrer Auffassung genügte seine nachherige Inländereigenschaft, um ihn wegen sämmtlicher früher im Auslande verübter Verbrechen nach dem Gesetze des Inlands, sofern nicht das ausländische milder — zur Verantwortung zu ziehen. —

Das Amtsgericht Offenburg dagegen ging davon aus, daß es darauf ankomme, ob Hauser zur Zeit der Verübung der in Straßburg abgeurtheilten Vergehen Inländer war, ein Verbrechen in Beziehung auf das Großherzogthum habe Hauser nur zu einer Zeit begehen können, in welcher er durch die badischen Strafgesetze verpflichtet gewesen sei. Es wurde deßhalb, da Hauser durch den Verlust des Staatsbürgerrechts in die Klasse der Fremden getreten war und bei Verübung der durch das Straßburger Gericht abgeurtheilten Vergehen die Eigenschaft eines Inländers noch nicht wieder erlangt hatte, unter Bezug auf die §§. 4—6 des Str.G.B. der Antrag der Staatsanwaltschaft abgelehnt. Auf Vorlage an die Raths- und Anklagekammer Offenburg erkannte diese Stelle, es liege kein Grund vor, gegen Hauser wegen der von ihm im Auslande verübten Verbrechen Untersuchung einzuleiten.

Hiegegen beschwerte sich die Staatsanwaltschaft, indem sie ausführte:

„Der Antrag, den Conrad Hauser auch wegen der im Auslande verübten, — den Gegenstand des Urtheils des Zuchtpolizeigerichts Straßburg vom 22. Mai v. J. bildenden — Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen, stützt sich auf §. 4 Abs. 1 des Str.G.B. vergl. mit §. 8 desselben Gesetzes. In dem erwähnten Satze anerkennt das badische Strafgesetz eine Ausnahme von dem Territorialitätsprinzip, soweit eine solche durch die Nichtauslieferung der Inländer — §. 7 des Str.G.B. — geboten ist. Ein Staat hat dem andern diejenigen Personen, welche auf dem Gebiete des letzteren freveln, auszuliefern oder im Namen des berechtigten Staates selbst deren Bestrafung zu übernehmen; — Köstlin, System des Strafrechts S. 29, — ist ersteres unstatthaft, wie bei eigenen Staatsangehörigen, so hat letzteres einzutreten. Die Bestrafung des Inländers muß aber alle im Auslande verübten Verbrechen umfassen, soweit nicht das inländische Strafgesetz selbst, wie in §. 4 Abs. 2 und in den Bestimmungen über Verjährung, die gerichtliche Verfolgung beschränkt. Eine Beschränkung deßhalb, weil der Inländer zur Zeit der Verübung des Verbrechens die Inländereigenschaft vorübergehend nicht hatte, macht das Gesetz nicht.

Konrad Hauser, wenn man auch die Fortdauer seiner Heimathsberechtigung in Baden nicht annimmt, — vergleiche auch L.R.S. 21 — untersteht jedenfalls nunmehr dem badischen Strafgesetze. Die gegentheilige Ansicht verstößt gegen den obersten Grundsatz der Gerechtigkeit, daß jedes Verbrechen eine Sühne fordert, welcher Grundsatz im internationalen Strafrechte zur Geltung kommen muß. Konrad Hauser bliebe für die in Frankreich verübten Verbrechen straflos, weil er als Inländer nicht ausgeliefert wird und doch das Inland seine Bestrafung nicht übernimmt. Die Unzuträglichkeit der angefochtenen Ansicht zeigt sich darin, daß ein Ausländer, der im Auslande ein schweres Verbrechen an einem Ausländer verübt hat, sich nach Baden flüchtet und dort das Indigenat erlangt, beziehungsweise unter falschem Namen erschleicht, straflos bleibt, weil er im Augenblicke der Verübung Ausländer war."

Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch die Beschwerde der Staatsanwaltschaft als unbegründet, aus folgenden Gründen:

„Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Verfügung der Raths- und Anklagekammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 16. Dezember v. J. ist nicht begründet.

Unzweifelhaft kann ein Ausländer wegen eines, im Auslande an einem Ausländer begangenen Verbrechens, im Inlande nicht bestraft werden (§. 5 des Str.G.B.).

Wenn nun §. 4 bestimmt:

> „auch wegen der im Auslande verübten Handlungen steht der Inländer unter den Strafgesetzen des Inlandes," —

so können hierunter diejenigen Handlungen nicht begriffen sein, welche der Inländer im Auslande an einem Ausländer beging, als er noch Ausländer war, denn

Digitized by Google

eine Handlung, die bei ihrer Begehung keine Uebertretung der badischen Strafgesetze war, kann nicht durch ein späteres Ereigniß eine solche werden. Der §. 4 muß dahin verstanden werden, daß der Inländer wegen der als Inländer im Auslande begangenen Handlungen unter den badischen Strafgesetzen stehe, nicht aber dahin, daß der Inländer wegen Handlungen, die er vor Erlangung oder Wiedererlangung des diesseitigen Indigenats, somit als Ausländer im Auslande an einem Ausländer begangen hat, unseren Strafgesetzen unterworfen sei.

Für diese Auslegung spricht nicht nur der Wortlaut, sondern ebenso die in den Regierungsmotiven angebene ratio legis zu §. 4, besagend:

> „Da das Unterthanenverhältniß durch Aufenthalt im Auslande nicht aufgelöst wird, so bleibt der Staatsbürger auch dort den Gesetzen seines Vaterlandes unterworfen und kann nach denselben bestraft werden, so ferne er im Auslande Verbrechen begangen hat;" —

und sie kann daher durch Erwägungen, welche dem Gebiete der Criminalpolitik entnommen sind, nicht beseitigt werden."

Dr. Cadenbach.

94.

Ueber den Thatbestand des Betrugs gegen Gläubiger. §. 465 des Strafgesetzbuchs.

I. Ueber die rechtliche Bedeutung der Wiederbeibringung bereits beseitigter Vermögenstheile.

Annalen 1852 S. 191. VII.
„ 1853. S. 7 IV.

J. A.S.
gegen
Anton Fabr von Gottmadingen,
wegen Betrugs gegen Gläubiger,

hielt die großh. Staatsanwaltschaft den Angeklagten für beschwert, weil er — ungeachtet die von ihm vor Ausbruch der Gant beseitigten und verheimlichten Vermögensbestandtheile noch während des Gantverfahrens zur Masse zurückgebracht worden waren, des vollendeten Betrugs gegen Gläubiger und nicht blos des beendigten Versuchs für schuldig erklärt worden war.

Allein das großh. Oberhofgericht verwarf durch Urtheil vom 22. September 1866 das Rechtsmittel als unbegründet und führte in den Entscheidungsgründen aus:

„Das in §. 465 des Str.G.B. bedrohte Vergehen des Betrugs gegen Gläubiger wird dadurch verübt, daß von dem Schuldner Vermögenstheile zum Nachtheil seiner Gläubiger verheimlicht oder auf die Seite geschafft werden. Dieser Nachtheil oder die betrügliche Verkürzung der Gläubiger ist schon dann eingetreten, wenn der Schuldner die Verheimlichung von Vermögenstheilen, welche nach L.R.S. 2092. 2093 den Gegenstand ihres Zugriffs bilden, nach ausgebrochener Gant vornimmt oder fortsetzt, und so der Gerichtsbehörde, unter Verletzung seiner Pflicht, auf Aufforderung sein Vermögen wahrheitsgemäß anzugeben, unmöglich macht, sich dieses Vermögens sofort zu versichern und dasselbe zu Befriedigung der Gläubiger zu verwenden, §. 717 der Pr.O., vorausgesetzt, daß die verheimlichten Vermögensgegenstände zu dieser Befriedigung unentbehrlich sind.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das angefochtene Urtheil beruht daher nicht auf falscher Anwendung oder Auslegung des Gesetzes: denn wenn es auch den Gläubigern später gelungen ist, die ihnen bereits entzogenen Zugriffsgegenstände nachträglich noch zur Gantmasse beizubringen, so kann doch dieser, die bereits eingetretene Verkürzung wieder beseitigende Umstand, keine Rückwirkung auf den Thatbestand äußern."

Aehnlich wurde erkannt:

J. A.S.
gegen
Gustav Hiller und dessen Ehefrau Magdalena geborene Wettlin in Müllheim, Gustav Wettlin von Schliengen, Jakob Rieser von Freiburg, Anton Brogli von Säckingen und Gottfried Brenner von Müllheim,
wegen Betrugs.

In der vom Angeklagten Jakob Rieser und Anton Brogli gegen den Verweisungsbeschluß der Raths- und Anklagekammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 15. Januar l. J. an großh. Oberhofgericht ergriffenen Beschwerdeführung war eine Beschwerde darauf gegründet, daß nachdem die beseitigten Vermögenstheile wieder beigebracht worden seien, es bezüglich des Hauptangeklagten Gustav Hiller an dem Thatbestande eines Betrugs gegen seine Gläubiger fehle, und darum auch

Digitized by Google

bezüglich der beiden Beſchwerdeführer von einer Beihilfe zu dieſem Verbrechen nicht die Rede ſein könne, daß daher die That, welcher dieſe Letztern angeſchuldigt ſeien, unter kein Strafgeſetz falle. §. 213 Ziff. 1 der Str.P.O.

In den Entſcheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Erkenntniß vom 23. März 1869 ward dagegen ausgeführt:

„Es iſt zwar richtig, daß der §. 465 des Str.G.B. zum Thatbeſtand des Betrugs gegen Gläubiger eine betrügliche Handlung des Schuldners fordert, durch welche er ſeine Gläubiger verkürzt.

Allein das Geſetz ſieht eine ſolche betrügliche Handlung ſchon darin, daß der Schuldner Vermögenstheile verheimlicht oder auf die Seite ſchafft; und in der That kann auch bei einem Schuldner, der durch ſeine Gläubiger gedrängt wird, und umſomehr bei einem ſolchen, gegen den bereits die Gant eröffnet und der hierdurch verpflichtet iſt, ſein geſammtes Vermögen ſeinen Gläubigern zum Zwecke ihrer Befriedigung abzutreten, die jenen Handlungen zu Grunde liegende betrügliche Abſicht nicht wohl bezweifelt werden, denn dieſe Handlungen können keinen andern Zweck haben, als die beſeitigten Gegenſtände für ſich zu behalten, und ſie dadurch dem Zugriff der Gläubiger, welche durch dieſe Beſeitigung oder Verheimlichung über den wahren Stand des Vermögens ihres Schuldners getäuſcht werden ſollen, zu entziehen.

Die Verkürzung der Gläubiger iſt aber in dem Momente eingetreten und damit das Vergehen vollendet, wenn zu der Zeit, wo die Gant eröffnet, und das Gantgericht ſich des Vermögens des Cridars zu verſichern verpflichtet iſt, Vermögenstheile verheimlicht oder beſeitigt werden. Denn die Gläubiger werden hierdurch über das Vorhandenſein dieſer Gegenſtände getäuſcht, ſind daher verhindert, auf dieſelben zu ihrer Befriedigung zu greifen; das hierzu dienende Vermögen hat ſich dadurch zu ihrem Nachtheil vermindert; ſie ſind daher ſchon hierdurch in ihrem Vermögen beſchädigt. Dadurch daß ſpäter, etwa nach eingeleiteter Unterſuchung, die beſeitigten Vermögenstheile wieder beigebracht werden, und daß alsdann eine effektive Verkürzung der Gläubiger nicht mehr vorhanden iſt, wird der Thatbeſtand des Vergehens und die Vollendung deſſelben nicht wieder aufgehoben, ſondern in einem ſolchen Falle könnte es ſich vielmehr nur fragen, ob und in wie weit ein Strafmilderungsgrund hierin zu finden ſei.

Häberlin, Grundſätze IV. S. 195.
Köſtlin, Abhandlungen S. 386.
Annalen XIX. S. 191, XXI. S. 375., XXVIII. S. 281.

Der Cridar iſt nun aber beſchuldigt, bei der Vermögensaufnahme Vermögenstheile im Betrage von 3001 fl. 50 kr. beſeitigt oder verheimlicht zu haben. Zieht man dieſe Summe von den Ergebniſſen des Vertheilungsbeſcheides über den Activ- und Paſſivſtand des Maſſevermögens ab, ſo ergibt ſich ſchon hieraus eine erhebliche Verkürzung der Gläubiger für den Fall, daß jene Vermögenstheile des Cridars nicht wieder beigebracht worden wären. ꝛc.

Wenn aber hiernach bezüglich des Hauptangeklagten Hiller der Thatbeſtand des vollendeten Betrugs gegen die Gläubiger vorliegt, ſo iſt auch die, gegen die weiteren Angeklagten erhobene Anſchuldigung der Beihilfe zu dieſem Vergehen nicht gegenſtandslos, und daher die in dieſer Beziehung erhobene Beſchwerde ungegründet

---

II. Eine betrügliche Verkürzung im Sinne des §. 465 des Str.G.B. wird nicht ſchon durch Abſchließung eines Scheinvertrags, ſondern erſt dadurch verübt, daß von demſelben gegen Gläubiger Gebrauch gemacht wird.

J. A.S.
gegen
Kranzwirth Franz Joſeph Stoll von Erzingen und deſſen Ehefrau, Katharina geborene Weißenberger,
wegen Betrugs gegen Gläubiger;
Wilhelmine, Albert und Eduard Stoll von da,
wegen Beihilfe zum Betruge gegen Gläubiger und
die Wittwe des Johann Georg Ebner von da, Magdalena geborene Stark,
wegen Begünſtigung dieſes Verbrechens,

hatte Franz Joſeph Stoll in der Nichtigkeitsbeſchwerde, welche er gegen das Urtheil der großh. Strafkammer unter Berufung auf die Ziff. 7 des §. 373 der Str.P.O. erhoben hat, ſeine Beſchwerde darein geſetzt, daß das

Digitized by Google

erkennende Gericht auch in der zwischen dem Angeklagten und seiner Tochter Wilhelmine stattgehabten Abschließung des Fahrnißverkaufvertrags vom 19. September v. J. den Thatbestand des Verbrechens des Betrugs gegen Gläubiger angenommen und den Werth der in jenem Vertrag begriffenen Fahrnisse, nach Abzug einer Gegenrechnung der Käuferin, im Restbetrage von 700 fl. bei Berechnung der Strafe des Beschwerdeführers mit in Anschlag gebracht hat. Diese Beschwerde erschien dem großh. Oberhofgericht aus folgenden Erwägungen als begründet:

„Es ist durch die Entscheidungsgründe der großh. Strafkammer gegen den Angeklagten zunächst nur die Eingehung jenes Vertrags hervorgehoben, wenn auch dabei zugleich festgestellt wird, daß derselbe in der Zeit des bereits eingetretenen thatsächlichen Vermögensverfalls des Angeklagten und zum Zweck betrüglicher Verkürzung seiner Gläubiger, insbesondere auch unter der fälschlichen Angabe, als wenn der ganze Kaufpreis von 1000 fl. von der angeblichen Käuferin vermittelst Wettschlagung berichtigt worden wäre, abgeschlossen worden sei.

Der Abschluß eines Vertrags zu obigem Zwecke genügt aber nicht, um das fragliche Vergehen als vollbracht darzustellen, sondern es wird hiezu noch weiter erfordert, daß der Schuldner von dem Scheinvertrag, beziehungsweise der Vertragsurkunde gegenüber seinen Gläubigern, z. B. durch Einsprache gegen den Zugriff Seitens der Letztern wirklich Gebrauch gemacht hat, da erst in Folge hievon eine betrügliche Verkürzung der Gläubiger, wie der Eingang des §. 465 des Str.G.B. zum Thatbestand dieses Vergehens ebenfalls erfordert, beziehungsweise eine rechtliche Sachlage herbeigeführt worden wäre, wornach die Gläubiger gehindert waren, unmittelbar den Zugriff auf die in dem Vertrag begriffenen Gegenstände zu richten, vielmehr genöthigt wurden, vorerst eine Rescission des fraglichen Vertrags und damit die Beseitigung des ihrem Zugriff entgegengestellten Hindernisses bei dem Richter zu bewirken.

M. vergl. Escher vom Betrug und Fälschung §. 6 S. 150.

Daß nun aber von Seiten des Angeklagten — oder von Seiten seiner Tochter im Einverständniß mit ihm — eine solche weitere Thätigkeit stattgefunden habe, um den scheinbar unter ihnen eingegangenen Vertrag wirklich gegenüber den Gantgläubigern zur Geltung zu bringen, und damit diese von den im Vertrag begriffenen Gegenständen auszuschließen, und in dieser Weise zu verkürzen: darüber findet sich in den Entscheidungsgründen der großh. Strafkammer keinerlei positive Feststellung; es deutet vielmehr auf das Gegentheil, wenn im Verlaufe dieser Entscheidungsgründe anerkannt wird, daß der fragliche Vertrag nicht die Folge gehabt habe, den Schuldner aus dem Besitz der hierin begriffenen Fahrnisse zu setzen, wie denn der Vertrag selbst auf die Fortdauer des Besitzes des Schuldners lautet, und wenn weiter angeführt wird, daß die fraglichen Fahrnisse für die Gläubiger versteigert werden können und nur der Verschleppung einiger Stücke als eines vorübergehenden, inzwischen beseitigten, Hindernisses Erwähnung geschieht. Es war daher einestheils die von der großh. Strafkammer ausgesprochene Verurtheilung des Angeklagten nach den durch jene Entscheidungsgründe festgestellten thatsächlichen Momenten nicht gerechtfertigt, und anderntheils war dem über die Nichtigkeitsbeschwerde erkennenden Gerichtshofe kein Anhalt zu der Annahme gegeben, daß der großh. Strafkammer, ungeachtet des Unterbleibens einer deßfallsigen Erwähnung in den Entscheidungsgründen, dennoch Momente vorgelegen seien, welche etwa einen strafbaren Versuch des angeschuldigten Vergehens darstellen könnten; es war der Gerichtshof auch nicht in der Lage, gemäß §. 385 im zweiten Absatz zur genaueren Aufklärung solcher thatsächlichen Momente die Sache noch an ein anderes Gericht zur Verhandlung und Entscheidung zu verweisen. Es mußte vielmehr der Angeklagte, so weit die Anschuldigung des Betrugs gegen die Gläubiger auf den Abschluß des fraglichen Scheinverkaufs von Fahrnissen gebaut ist, freigesprochen werden."

Das Urtheil der Strafkammer wurde hiernach, soweit von dem Angeklagten Franz Joseph Stoll die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ergriffen worden war, durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 3. November 1866 aufgehoben.

III. Betrug gegen Gläubiger durch die Ehefrau des Schuldners in einer Gemeinschaftsehe.

J. A.S.
gegen
Karl Stefans Ehefrau von Mühlingen

und Philipp Brunners Eheleute von Zizenhausen,

wegen Betrugs gegen Gläubiger, beziehungsweise Anstiftung und Begünstigung dieses Verbrechens,

glaubte die Strafkammer, eine Freisprechung der Stefan'schen Ehefrau zunächst aus dem Grunde erlassen zu müssen, weil dieselbe wegen Mangels einer persönlichen Schuldübernahme nicht als Schuldnerin zu betrachten sei, und weil sie, da ihr ohne Ermächtigung des Ehemanns eine Verfügungsgewalt über die verschleppten Fahrnisse nicht zugestanden habe, auch das vorliegende Vergehen nicht selbstständig, d. h. ohne Mitwirkung ihres Ehemanns, habe verüben können.

Allein auf die von der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz, Strafkammer vom 13. Juni 1865, No. 5900, ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde von großh. Oberhofgericht am 21. Juli 1866 erkannt, jenes Urtheil des Inhalts:

„Walburga Brunner, Ehefrau des Karl Stefan von Mühlingen, Crescentia Brunner geborene Galler von Zizenhausen und der Letztern Ehemann Philipp Brunner von da seien von der Anklage des in verbrecherischer Verbindung verübten Betrugs gegen Gläubiger, beziehungsweise der Begünstigung dieses Vergehens unter Verschonung mit den Kosten freizusprechen;"

— sei, soweit dasselbe die W. Brunner, Ehefrau des K. Stefan und die Crescentia Brunner geborene Galler betrifft, aufzuheben und diese Sache zur Verhandlung und Entscheidung an großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg zu verweisen.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheil ist jene Rechtsanschauung der Strafkammer als eine irrige in folgender Auslegung widerlegt:

„Die Strafkammer geht selbst von der Ansicht aus, daß die Stefan'schen Eheleute in gesetzlicher Gütergemeinschaft leben; nun ist aber diese eine kraft Gesetzes unter Eheleuten bestehende Gesellschaft, welche ihr gesetzlich geregeltes Vermögen hat, an welchem beiden Ehegatten, wie bei jeder andern Gesellschaft, das Eigenthum gemeinschaftlich zusteht, an welchem sie also Beide Miteigenthümer sind.

Gleichwie die Ehefrau aber Miteigenthümerin an dem Activvermögen der Gemeinschaft ist, ebenso ist sie auch, wie jeder andere Gesellschafter, Mitschuldnerin von allen durch das Gesetz als Schulden der Gemeinschaft erklärten Passiven ohne alle Rücksicht darauf, ob sie sich für diese Schulden auch zugleich persönlich verbindlich gemacht hat, oder nicht, und sie bleibt dies so lange, als sie nicht von dem ihr gesetzlich gestatteten Rechte, durch die Entschlagung auf das Gemeinschaftsvermögen zu verzichten, Gebrauch gemacht, und sich durch diesen Verzicht auf das Activvermögen der Gemeinschaft zugleich auch von der Pflicht zur Bezahlung der Gemeinschaftsschulden befreit hat.

L.R.S.S. 1401. 1409. 1482. 1494.

Zachariä, Handbuch III. §. 505. 508.

Ganz unerheblich ist hierbei der Umstand, daß die Ehefrau während der Dauer der Gemeinschaft nicht persönlich, sondern nur der Ehemann auf die Bezahlung einer Gemeinschaftsschuld belangt werden kann. Denn diese gesetzliche Vorschrift hängt lediglich mit der vom Gesetzgeber im Interesse der ehelichen Gesellschaft dem Ehemann eingeräumten bevorzugten Stellung in Beziehung auf das Gesellschaftsvermögen zusammen, wodurch derselbe während der Dauer der Gemeinschaft zum Herrn derselben erklärt ist und deßhalb während dieser Dauer auch allein auf die Bezahlung der Gemeinschaftsschulden belangt werden kann. Hierdurch wird aber keineswegs die Eigenschaft der Ehefrau als Gemeinschaftsgenossin und Mitschuldnerin alterirt; denn in sofern der Mann diese Schulden bezahlt, thut er dies als gesetzlich bevollmächtigter Vertreter der Gemeinschaft, somit zugleich auch im gesetzlich zu unterstellenden Auftrag der Frau und präsumtiv aus Gemeinschaftsmitteln, somit auch aus dem Vermögen der Ehefrau, als Miteigenthümerin des Gemeinschaftsvermögens.

Nicht minder unrichtig ist aber die, aus dem an sich wahren Satze, daß der Ehemann als Herr der Gemeinschaft während der Dauer derselben (jedoch mit Beschränkungen L.R.S. 1422) auch allein nur über das Vermögen der Gemeinschaft zu verfügen befugt sei, abgeleitete Schlußfolgerung, daß die Frau nicht selbstständig, d. h. nicht ohne Zustimmung des Ehemanns das hier fragliche Vergehen verüben könne. Denn wenn der Mann auch vom Gesetz zum Herrn der Gemeinschaft erklärt und ihm jene Verfügungsgewalt eingeräumt ist, so wird er hierdurch doch nicht zum ausschließlichen Eigenthümer des Gemeinschaftsvermögens, vielmehr gibt

Digitized by Google

jene Bezeichnung selbst unzweideutig zu erkennen, daß die Gemeinschaft gleichwohl fortbestehe; als Theilhaberin der Gemeinschaft ist aber die Ehefrau zugleich Miteigenthümerin des Vermögens derselben, und wenn sie factisch, auch ohne Wissen des Ehemanns, über Gemeinschaftsfahrnisse verfügt, so verfügt sie immerhin über einen Bestandtheil ihres Miteigenthums. Sie verletzt durch diese eigenmächtige Handlung allerdings die dem Ehemann durch das Civilgesetz verliehenen eheherrlichen Rechte; allein wenn sie durch eine solche Handlung zugleich gegen die Strafgesetze verstößt, so kann ihr nicht zu Statten kommen, daß sie sich auf die civilrechtliche Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit der vorgenommenen Handlung beruft.

Insoweit hiernach die Strafkammer aus den bezeichneten Gründen die Ehefrau des Karl Stefan von der erhobenen Anschuldigung freigesprochen hat, beruht dieser Ausspruch auf einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes und damit auf einer unrichtigen Anwendung desselben auf die in ihren Entscheidungsgründen festgestellten Thatsachen.

Jener Ausspruch der Strafkammer stützte sich außerdem noch auf den weitern Grund, daß die Handlung der Karl Stefan's Ehefrau sich jedenfalls nur als ein Versuch des angeschuldigten Vergehens darstelle, daß dieser aber wegen des freiwilligen Aufgebens desselben durch diese Angeschuldigte nach §. 117 des Str.G.B. als strafbar erscheine.

Da nun die Strafkammer in ihren Entscheidungsgründen festgestellt hatte, daß durch die Handlung der Stefan'schen Ehefrau eine Beschädigung der Gläubiger der Karl Stefan's Eheleute nicht eingetreten ist, der §. 465 des Str.G.B. aber zum Thatbestand des Betrugs gegen Gläubiger als Erfolg der vorgenommenen betrüglichen Handlung eine eingetretene Verkürzung der Gläubiger verlangt, so konnte das vorliegende Vergehen nicht als vollendet, sondern nur als ein Versuch desselben betrachtet werden; in wie fern aber dieser Versuch sich als ein beendigter oder als ein nicht beendigter darstellt, konnte wegen Mangels genügender Feststellung der betreffenden bestimmten Thatsachen in den Entscheidungsgründen der Strafkammer nicht ermessen werden.

Hiernach gaben die in diesen Entscheidungsgründen festgestellten Thatsachen auch keine hinreichende Grundlage für die Beurtheilung der Frage, ob schon ein freiwilliges Aufgeben des Vergehens durch die Stefan's Ehefrau, oder nur eine durch sie bewirkte Abwendung des strafbaren Erfolges deren Straflosigkeit zur Folge haben würde.

§. 117. 118 des Str.G.B.

Die Entscheidungsgründe besagen in dieser Beziehung:

„Es würde auch die Prüfung dieser Frage der Cognition des Cassationsgerichts unterliegen; denn es handelt sich hierbei keineswegs um eine bloße That- oder Beweisfrage, sondern vielmehr um die Frage, ob aus den festgestellten Thatsachen diejenige rechtliche Beschaffenheit einer Handlung gefolgert werden kann, welche erforderlich ist, um das Gesetz darauf anwenden zu können; dies erscheint aber vorzugsweise als eine Rechtsfrage."

Der Gerichtshof befand sich hiernach schon bezüglich der Ehefrau des Karl Stefan nicht in der Lage, selbst dasjenige Urtheil zu erlassen, welches nach seiner Ansicht von der Strafkammer hätte erlassen werden sollen, noch weniger aber war dies der Fall bezüglich der Ehefrau des Philipp Brunner.

Diese Mitangeklagte war nämlich beschuldigt, das vorliegende Vergehen in verbrecherischer Verbindung mit ihrer Tochter, der Karl Stefans Ehefrau verübt zu haben; §. 125 des Str.G.B., hinsichtlich ihrer enthielten aber die Entscheidungsgründe der Strafkammer etwas Weiteres nicht, als daß sie bei der Verbringung der Fahrnisse aus der Wohnung der Stefan's Eheleute in Mühlingen in ihre eigene Wohnung in Zizenhausen mitgewirkt habe.

Aus dieser Thatsache allein konnte aber keinesfalls auf eine vorausgegangene Verabredung unter beiden Theilnehmern zur Verübung des angeschuldigten Vergehens geschlossen werden; es ließ sich hieraus sogar nicht einmal mit Zuverlässigkeit eine Beihilfe der Brunner'schen Ehefrau zu dem Vergehen ihrer Tochter folgern; denn es war in den Entscheidungsgründen nicht einmal bestimmt gesagt, daß dieselbe auch nur gewußt habe, was sie ihrer Tochter in Mühlingen auf den Wagen zu laden geholfen habe; die Entscheidungsgründe sprachen nur davon, daß die Stefan'sche Ehefrau die Absicht gehabt habe, die Fahrnisse dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen; sie erwähnten aber davon durchaus nichts, daß ihre Mutter diese Absicht gekannt

Digitized by Google

hat, noch weniger aber, daß diese Letztere zur Unterstützung dieser Absicht bei Ausführung der That mitgewirkt, oder gar vorher sich mit ihrer Tochter hierüber verabredet gehabt habe."

Hiernach mußte nach Ansicht des §. 385 der Str.P.O. das Urtheil der Strafkammer aufgehoben, jedoch nach Abs. 2 dieses §. die Sache an ein anderes Gericht zur Verhandlung und Entscheidung verwiesen werden.

Red.

95.

Unterschlagung. Fälschung. Amtsmißbrauch. [1])

Stabhalter Fridolin Albiez von Wieladingen (Nebenort der Gemeinde Villaringen, Bezirksamt Säckingen) war durch Urtheil der Strafkammerabtheilung Waldshut vom 23. Dezember v. J. wegen Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht (Str.G.B. §. 430. 431) zu vier Wochen Amtsgefängniß und zehn Gulden Geldstrafe verurtheilt, dagegen von der Anklage des Amtsmißbrauchs freigesprochen worden. Auf Seitens der großh. Staatsanwaltschaft hiegegen ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde Albiez von großh. Oberhofgerichte wegen Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht zu Amtsgefängniß von zehn Tagen und Geldstrafe von fünf Gulden, sodann wegen Amtsmißbrauchs zur Dienstentlassung verurtheilt. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten:

Die Nichtigkeitsbeschwerde der großh. Staatsanwaltschaft erscheint als begründet. [2])

Die Strafkammer hat in thatsächlicher Beziehung festgestellt, daß, nachdem bei der Nebengemeinde Wieladingen zwei Rechnungen des früheren Apothekers Müller zu Säckingen über eine und dieselbe Forderung für an Fridolin Ebner von Wieladingen verabreichte Heilmittel, die eine auf 1 fl. 56 kr. und auf gedachten Ebner selbst lautend, im Jahre 1865 ausgestellt, die andere (nach Abzug von 10 pCt. Rabatt) auf 1 fl. 45 kr., und auf die erwähnte Nebengemeinde lautend, im Jahre 1866 ausgestellt, eingelangt waren, der Gemeinderechner Jakob Kammerer zu Wieladingen in der irrigen Unterstellung, daß beide Beträge zu bezahlen seien, sie im Gesammtbetrage von 3 fl. 41 kr. dem Angeklagten, jedoch abgesehen von dessen amtlicher Stellung als Stabhalter mit dem Auftrage einhändigte, die Abtragung derselben an den Bevollmächtigten des Apotheker Müller, Actuar Theodor Schmidt, zu bewirken, daß nun Angeklagter zwar den Betrag von 1 fl. 56 kr. dem Schmidt übergab und dafür von ihm Quittung empfing, den Betrag von 1 fl. 45 kr. aber für sich behielt, und dem Gemeinderechner Kammerer eine angeblich gleichfalls von Schmidt herrührende, in Wirklichkeit jedoch von ihm, dem Angeklagten, fälschlich angefertigte Quittung über letzteren Betrag zustellen ließ, daß endlich beide Rechnungen in der Folge mit Ausgabsdecreturen des Verwaltungsrathes zu Wieladingen versehen wurden und hiebei der Angeklagte als Mitglied dieser Behörde mitwirkte. [3])

Wenn nun die Strafkammer unerachtet dieser Feststellung den Angeklagten zwar der Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht für schuldig erkannte, aber von der Anklage des ihm zur Last gelegten Amtsmißbrauches freisprach, so hat sie das Gesetz unrichtig auf die von ihr als wahr angenommenen Thatsachen angewendet.

Indem nämlich der Angeklagte in seiner amtlichen Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsraths zu Wieladingen zu der Ausgabsdecretur mitwirkte, mittelst welcher die Summe, die er sich im Wege der Vorlage der gefälschten Quittung angeeignet hatte, als von der Gemeinde wirklich geschuldet erklärt wurde, hat er sich des, von dem Vergehen der Urkundenfälschung gesonderten Vergehens des Amtsmißbrauchs im Sinne des §. 659 der Str.P.O. schuldig gemacht.

---

[1]) Vergl. Annalen XXV. S. 257. XXIX. S. 191. XXXIII. S. 278. 283. XXXIV. S. 269. Mag. IV. S. 83. Puchelt, Str.G.B. zu §. 423 Bemerkung 12a zu §. 690 Bemerkung 1. S.S. 647. 1051. D. E.

[2]) Die vom Angeklagten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde nach Str.P.O. §. 384 für aufgegeben erachtet, da der Angeklagte in der Verhandlungstagfahrt weder selbst erschien noch sich vertreten ließ. D. E.

[3]) Die Strafkammer halte in den festgestellten Thatsachen eine Unterschlagung und eine Urkundenfalschung, beide Vergehen in idealer Concurrenz (Str.G.B. §. 182), gefunden, der Unterschlagung wegen Mangels der durch Str.G.B. §. 405 geforderten Anzeige keine besondere Beachtung gegönnt, in der von der Staatsanwaltschaft zur Grundlage für die Anklage des Amtsmißbrauchs genommenen Mitwirkung zur Ausgabsdecretur aber kein eigenes Vergehen, sondern nur eine Maaßregel zur Verdeckung der anderen Vergehen erblickt. D. E.

Digitized by Google

Nach §. 151 der Gemeindeordnung decretirt der Gemeinderath alle Einnahmen und Ausgaben auf die Gemeindekasse. Nach §. 168 der Gemeindeordnung verwaltet in den Nebenorten unter Leitung des dienstältesten Gemeinderaths oder Stabhalters der von den Bürgern des Ortes zu wählende Verwaltungsrath das Gemeindevermögen. Ihm steht hiernach zweifellos bezüglich der Einnahmen und Ausgaben der Nebengemeinde das durch §. 151 der Gemeindeordnung dem Gemeinderathe zugewiesene Recht der Decretur zu. Nach der Verordnung großherzgl. Ministeriums des Innern über das Gemeinderechnungswesen vom 26. Januar 1849 (Regsbl. No. 4 S. 33) §. 1 darf der Rechner keine Zahlung ohne eine ihm vom Gemeinderathe zu ertheilende Anweisung (Decretur) leisten und geschieht jede Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot auf Gefahr des Rechners.

Eine jede vom Gemeinderechner für Rechnung der Gemeinde gemachte Zahlung belastet somit rechtlich die Gemeinde erst nach erfolgter Decretur des Gemeinderathes oder Verwaltungsrathes. Dem Wesen und Zwecke dieser Decretur zufolge haben die vom Gesetze mit deren Ertheilung betrauten Gemeindebeamten die Amtspflicht über sich, die Decretur nur nach vorgängiger Prüfung, ob die Zahlung für eine wahre Schuld der Gemeinde geschehe, eintreten zu lassen.

Dadurch nun, daß Angeklagter zur Decretur der Zahlung einer Nichtschuld aus der Gemeindekasse mitwirkte, während diese Decretur den mitgetheilten Vorschriften über das Gemeinderechnungswesen gegenüber als nothwendig erschien, um ihm den unrechtmäßigen Erwerb des fraglichen Betrages von 1 fl. 45 kr. zu sichern, hat er aus Eigennutz zu widerrechtlicher Benachtheiligung der Gemeinde gehandelt. Indem er in dieser Weise seine Amtspflicht übertrat, hat er offenbar sein Amt mißbraucht.

Das hiernach begangene Amtsverbrechen ruht auf andern Thatsachen, als die dem Angeklagten zur Last liegende Urkundenfälschung und steht, rechtlich betrachtet, nur in zufälliger Verbindung mit letzterer.

Das Amtsverbrechen ist sonach neben der Fälschung zu bestrafen.

Das Gesetz (Str.G.B. §. 659) droht dem hier vorliegenden Amtsmißbrauche Dienstentlassung, welche gemäß Str.G.B. §. 178 neben der auf die Urkundenfälschung gesetzten Freiheits- und Geldstrafe (Str.G.B. §§. 423. 430. 431) zur Anwendung zu kommen hat.

Indessen mußte, da die Strafkammer inhaltlich der Entscheidungsgründe zu ihrem Strafurtheile, unerachtet sie von der Anklage des Amtsmißbrauches freisprach, doch in der durch Angeklagten geübten Verletzung der Amtspflicht einen sehr erheblichen Grund der Erhöhung der für die Fälschung erkannten Strafe erblickte, letztre Strafe in Betracht, daß nunmehr wegen Amtsmißbrauches die Strafe der Dienstentlassung eintritt, in entsprechender Weise herabgesetzt werden.

Roßhirt.

96.

Zur Auslegung des Expropriationsgesetzes.

Den oben unter Ziff. 75 S. 172 mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidungen folgen hier noch die

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 8. Mai 1869,

In Sachen

der königlich württembergischen Eisenbahnbaucommission in Stuttgart, Klägerin, Appellantin, Obcappellantin, Adhäsin,

gegen

den Fabrikanten Friedrich Bohnenberger in Pforzheim, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten, Adhärenten,

Zwangsabtretung betreffend,

welche sich über die dort angeregten Fragen des Weiteren verbreiten:

„Die klagende Eisenbahnbaucommission findet sich durch das Urtheil des Appellationssenats insofern beschwert, als darin für das von dem Beklagten zur fraglichen Eisenbahn abzutretende Gelände die Entschädigungssumme auf 7302 fl. 58 kr. statt auf 5000 fl., welche Klägerin anbietet, festgesetzt worden ist.

Was nun die einzelnen Ansätze der Experten betrifft, welche von den vordern Instanzen berücksichtigt worden sind, aber von Seite der Klägerin, Oberappellantin beanstandet werden, so erscheint

1) jene Beanstandung nicht begründet, welche dagegen gerichtet wurde, daß die Experten bei der nach §. 24 des Expropriatsions Gesetzes vom 28. August 1835 vorzu-

Digitized by Google

nehmenden Schätzung des allgemeinen Werthes des abzutretenden Geländes nicht nach der Regel dieses Paragraphen die Durchschnittspreise der letzten sechs Jahre, sondern nach der dort gestatteten Ausnahme hauptsächlich die Preise des letzten Jahres zu Grunde gelegt haben.

Es ist nämlich nach dem Sinn des Gesetzes die Frage, ob die Durchschnittspreise, die sich nach den letzten sechs Jahren ergeben würden, in Folge eingetretener besonderer Umstände im letzten Jahre gestiegen seien, der Beurtheilung der Experten überwiesen, wie auch das Erstinstanzgericht in seiner Fragstellung an dieselben zu Frage 6 mit Recht von dieser Auffassung ausgegangen ist. Wenn nun die Experten als solche, im Gesetze vorgesehene, besondere Umstände zur Begründung jenes Ausnahmsfalles die seit den letzten Jahren stattgehabte rapide Zunahme der Bevölkerung Pforzheims in Folge ausgedehnter Gewerbsbetriebsamkeit und den daraus entstandenen Wohlstand, beziehungsweise das daraus hervorgegangene erweiterte Wohnungsbedürfniß für die Arbeiterklassen, und die erhöhte Nachfrage wohlhabender Familien nach angenehmeren Behausungen sammt Hausgärten und dgl. anführen, so kann diesen Umständen ein besonderer Einfluß auf die Preise der Grundstücke im Allgemeinen nicht abgesprochen werden. Die Schätzung des Einflusses dieser Umstände auf die Werthsteigerung muß aber dem pflichtmäßigen Ermessen der Sachverständigen überlassen bleiben, welchen damit auch die Lösung der Frage des Einflusses der Kriegsereignisse von 1866 anheimgegeben war.

Es erscheint daher der von den Experten auf jene Grundlage gemachte Ansatz von 1 fl. 12 kr. für den Quadratfuß oder von 3756 fl. für die ganze abgetretene Fläche von 31 Ruthen 30 Fuß als gerechtfertigt.

2) Was ferner den Pavillon betrifft, welcher auf dem abgetretenen Gartengelände gestanden und von der klägerischen Eisenbahnbaucommission mit übernommen worden war, so sind von den Experten für den Pavillon selbst 260 fl. und für Versetzungskosten weitere 50 fl. in Ansatz gebracht, von den Vorderinstanzen aber noch 42 fl. 58 kr. hinzugeschlagen worden und letzteres ist es, was Klägerin beanstandet.

Die Experten haben davon Umgang genommen, den Werth des Pavillons nach dem Zeitpunkte, in welchem die Expropriation kraft einer erwirkten vorläufigen Gerichtsverfügung vom 3. August 1867 in Vollzug gekommen war, zu schätzen, sondern in der Rücksicht, daß Beklagter selbst denselben um den Steigerungspreis von 260 fl. wieder an sich gebracht hatte, einfach diesen Betrag als Entschädigung in Ansatz gebracht, wobei es, da von keiner Seite darüber Beschwerde erhoben wurde, sein Verbleiben behalten muß.

Da aber hiernach für den Pavillon selbst nur der wirkliche Kostenbetrag, um welchen der Beklagte denselben wieder an sich brachte, als maaßgebend angenommen ist, so erscheint es als eine der Billigkeit entsprechende Folgerung, daß auch für die Wiederaufrichtung, Untermauerung desselben und dergl. die von dem Beklagten in Wirklichkeit aufgewendeten Kosten in Anrechnung kommen, indem nicht wohl für die Entschädigung wegen der Hauptsache eine andere Grundlage als für die Entschädigung wegen der Zugehörden angenommen werden kann.

3) Eine weitere von der Klägerin beanstandete Position bilden die 1500 fl., welche die Experten außer dem bereits erwähnten allgemeinen Werthe des abgetretenen Geländes zu 1 fl. 12 kr. für den Quadratfuß, für angeblichen Minderwerth des übrig gebliebenen Geländes mit Berücksichtigung zugleich der besonderen Vortheile, welche das abgetretene Gelände dem Beklagten gewährt habe, in Ansatz gebracht haben. Diese Beschwerde erscheint als begründet.

Es ist nämlich zunächst unrichtig, wenn die Experten hier besondere Vortheile im Sinne des §. 25 des Gesetzes annehmen, welche das abgetretene Gelände dem Beklagten gewährt habe. Das abgetretene Gelände bildete einen Theil und zwar etwa ein Drittheil der hinter dem Wohnhause und Hofe des Beklagten befindlichen Gartenanlage. Diese Eigenschaft des Geländes und diese Beziehung zu dem übrigen Anwesen war aber von den Experten nach der deutlichen Bestimmung des §. 24 des Gesetzes und nach der hiernach an sie gestellten Frage (No. 1) schon bei Festsetzung des allgemeinen Werthes, welchen das Gelände in der Regel für jeden Besitzer des Anwesens haben mußte, in Anschlag zu bringen, auch ist aus dem, was die Experten im Eingang ihres Gutachtens von Vergleichung anderer ähnlicher Anwesen und dergleichen bemerken, zu entnehmen, daß sie dabei wirklich solche Rücksicht genommen haben, wie sie auch wohl nur darauf hin zu dem hohen Anschlag des Geländes von 1 fl. 12 kr. für den Quadratfuß gelangt sein konnten.

Digitized by Google

Die Eigenschaft als Hausgarten kann daher nicht noch weiter als besonderer Vortheil im Sinne des §. 25 des Gesetzes in Anschlag kommen, indem hier vielmehr nur ökonomische, gewerbliche und dergl. Vortheile gemeint sind, welche die Sache gerade dem dermaligen Besitzer des Anwesens nach seinen besonderen Verhältnissen gewährt. Der Umstand, daß vielleicht der Inhaber die Annehmlichkeit eines größern Hausgartens besonders hoch anschlägt, kann als in das Gebiet des Neigungswerthes gehörig, hier nicht in Rücksicht kommen.

Regier.Motive zu §. 19 des Gesetzentwurfes S. 41 in den landst. Verhandlungen von 1835 II. K. 3. Beil.Heft und L.R.S. 1151 a.

Wenn aber die Experten hiebei noch die Möglichkeit hervorheben, daß Beklagter das fragliche Gartengelände ganz oder theilweise zum Bau einer Fabrik verwenden könnte — hiebei aber selbst anführen, daß der Beklagte zur Zeit bereits eine mit seinem Gesellschafter gemeinschaftliche Fabrik besitze, und jener unterstellte Fall erst eintreten könne, wenn sich dieses Gesellschaftsverhältniß lösen würde: so darf gemäß des Wortlautes der §§. 24 und 25 und der Bestimmung des §. 37 des Gesetzes eine solche Möglichkeit bei Bestimmung der Entschädigungssumme nicht in Anschlag genommen werden; vielmehr kommt dabei nur jener Zustand des Geländes in Betracht, in welchem sich dasselbe zur Zeit der Expropriation darstellt, und Verwendungsarten, welche noch in keiner Weise durch bereits getroffene Vorbereitungen in die äußere Erscheinung getreten sind, nicht zu berücksichtigen.

Landst. Verh. II. K. Prot.Heft V. S. 38—39 zu §. 25.

Es ist dieß auch constante Rechtsprechung des diesseitigen Gerichtshofes,

m. vergl. Annalen der bad. Gerichte Band XXXII. (von 1866) S. 264—266,

und stimmen damit auch andere Expropriationsgesetze (das Baierische Art. 9, das Kurhessische Art. 18) überein, sowie derselbe Grundsatz auch im gemeinen Recht,

m. vergl. Koch, Deutschlands Eisenbahnen S. 94—95 und Seuffert, Archiv Bd. V. No. 178 S. 224,

und in Frankreich gilt:

m. vergl. Dalloz, Rep. t. 23 Expropriation p. 635 und 636.

Was sodann den von den Experten angenommenen Minderwerth des übrig gebliebenen Geländes betrifft, so ist von ihnen dabei von den in §. 29 des Gesetzes behandelten Nachtheilen, die diesem Gelände durch die neue Anlage verursacht werden können, abgesehen, da hiefür eine besondere Frage (No. 5) aufgestellt und eine besondere Summe ausgeworfen ist; und es handelt sich also um einen Minderwerth im Sinne des §. 32 des Gesetzes. Es erhellt nun aber aus §. 32 in Verbindung mit §. 31, daß besondere Umstände obwalten müssen, damit neben dem nach §. 24 und 25 des Gesetzes zu bemessenden Werthe des abzutretenden Theiles und neben der im §. 29 vorgesehenen Vergütung für etwaige dem übrig gebliebenen Gelände zugehende Nachtheile der dort bezeichneten Art, ausnahmsweise noch ein Minderwerth des übrig gebliebenen Geländes angenommen und auch dafür eine besondere Entschädigung angesprochen werden könne. Solche besondere Umstände wovon der §. 32 selbst als Beispiel die Erschwerung des Anbaues für das übrig gebliebene verkleinerte Stück anführt,

m. vergl. auch Landst. Verh. 1835 I. K. Prot.-Heft S. 86. 87 und II. K. Prot.Heft V. S. 40 zu §. 31

sind nun aber weder vom Beklagten noch von den Experten vorgetragen.

Daß die angerufene Möglichkeit der Verwendung des Geländes zu einem Fabrikbau bei dem Werthanschlag des Geländes nicht in Rücksicht gezogen werden könne, ist schon oben ausgeführt, und aus denselben Gründen kann auch für den übrig gebliebenen Rest des Geländes kein Minderwerth aus jener bloßen Möglichkeit abgeleitet werden.

Wenn sodann die Experten annehmen, daß der Garten dadurch, daß (ungefähr) ein Drittheil davon getrennt worden sei, in den Augen des dermaligen Besitzers nicht blos ein Drittheil, sondern weit mehr von seinem früheren Werth verloren habe, so greifen dieselben hier in das Gebiet des Neigungswerthes, welcher, wie bereits oben bemerkt wurde, nicht zu berücksichtigen ist. Es wäre vielmehr die Frage zu beantworten, ob des Beklagten Anwesen an dem gewöhnlichen Verkaufswerthe, welchen es bei seinem früheren vollen Umfange gehabt hatte, durch Lostrennung des Stückes Garten mehr verloren habe, als der Schätzungswerth eben dieses ab-

Digitized by Google

getretenen Gartenstückes mit 1 fl. 12 kr. für den Quadratfuß beträgt, und ob hiernach der übrig gebliebene Theil des Gartens diesen Werth per Quadratfuß, wie er denselben zur Zeit der Verbindung mit dem abgetretenen Stück gehabt hatte, jetzt nicht mehr habe. Um einen Minderwerth in dieser Richtung annehmen zu können, sind aber vom Beklagten und den Experten keinerlei Umstände im Sinne des §. 32 des Gesetzes angeführt.

Nur in einem viel beschränkteren Maße kann für das übrig gebliebene Gelände ein Minderwerth im Sinne des §. 32 des Gesetzes angenommen werden, nämlich in Bezug auf die nach Lostrennung des abgetretenen Stückes von dem Garten nothwendig gewordene Abänderung und neue Herrichtung in der Anlage des letzteren, welchen Punkt denn auch der Beklagte zum Gegenstand seiner Anschließung an die Oberappellation der Klägerin gemacht hat. Der Garten des Beklagten war nämlich, wie die vorgelegte und anerkannte Zeichnung darstellt, nach einem einheitlichen symmetrischen Plane, der auf den ganzen ursprünglichen Umfang desselben berechnet war, angelegt. Durch die Wegschneidung des jetzt abgetretenen nördlichen Stückes wurde aber diese Anlage wesentlich gestört und daher deren Aenderung nothwendig. Die hiefür von dem Erstinstanzgerichte — über die Anträge der Experten hinaus — angenommenen 150 fl. wurden an sich auch von dem Appellationsgericht als gerechtfertigt erkannt, und nur deßhalb außer Ansatz gelassen, weil diese 150 fl. als in der von den Experten überhaupt angenommenen Minderwerthssumme von 1500 fl. inbegriffen betrachtet werden müßten. Da letztere Summe in ihrer Allgemeinheit in gegenwärtiger Instanz nicht mehr zuerkannt ist, so muß jener spezielle Minderwerthsposten von 150 fl. für sich in Anrechnung gebracht werden.

4) Die Klägerin hat endlich beanstandet, daß die Experten auf die an sie gestellte Frage No. 5 für die durch die neue Eisenbahnanlage für Garten, Hof und Wohnhaus des Beklagten verursachte Verfinsterung, sowie für die Belästigung durch Rauch und Lärm — eine Entschädigung von 1600 fl. angesetzt, und die Vorderinstanzen auch auf diesen Betrag erkannt haben. Diese Beschwerde der Klägerin erscheint nicht als begründet. Es kann zunächst dahin gestellt bleiben, in wie weit ein Grundbesitzer von einem Andern, der in seiner unmittelbaren Nähe bereits Eigenthum besitzt, vermöge des sog. Nachbarrechts gewisse Belästigungen durch Rauch, Lärm und dergleichen zu dulden verbunden sei; es handelt sich hier nicht um diesen, sondern um den davon verschiedenen Fall, wo ein Grundbesitzer in die Lage gebracht werden soll, von seinem Grund und Boden an einen Andern abzugeben, und dadurch diesen als Nachbar sich näher rücken zu lassen, mit der Aussicht, hiedurch seinem ihm verbleibenden Gute Belästigungen und Unannehmlichkeiten der gedachten Art zuzuziehen. Wie ein Grundbesitzer bei einer freiwilligen Veräußerung unter solchen Verhältnissen jene ihm drohenden Belästigungen bei Festsetzung des Kaufpreises in Anschlag bringen wird, so will offenbar das Gesetz im §. 29 auch bei der zwangsweisen Enteignung diesem Momente Rechnung getragen wissen. Da nun erfahrungsgemäß durch eine Eisenbahnanlage dem Liegenschaftsbesitzer, welcher von seinem Eigenthum zu diesem Zwecke abzutreten hat, Nachtheile der gedachten Art verursacht zu werden pflegen und im Uebrigen gegen die Grundlagen, auf welche die Experten ihre Berechnung gebaut haben, sowie gegen die Höhe der Ansätze keine wesentlichen Anfechtungen vorgetragen worden sind, so war der Ansatz von 1600 fl. nach den Entscheidungen der Vorderinstanzen aufrecht zu erhalten.

Hiernach ist dem Beklagten statt der 13,000 fl., die er ursprünglich gefordert hatte, beziehungsweise statt der ihm in I. Instanz zuerkannten 7452 fl. 58 kr. und statt des in II. Instanz auf 7302 fl. 58 kr. ermäßigten Betrages, nunmehr nach der letztinstanzlichen Feststellung die Entschädigungssumme von 5952 fl. 58 kr. zuzuerkennen, während ihrerseits die Klägerin nur 5000 fl. angeboten hatte. Für den Kostenpunkt ergibt sich hieraus nach §. 91 des Gesetzes und §. 172 der b. Pr.O. die Folge, daß die klagende Eisenbahnbaucommission außer den Kosten der Klage und des dort beigelegten Gemeinderathszeugnisses, die Kosten des Abschätzungsverfahrens zu tragen hat, und daß — nach dem Verhältniß des Angebots der Klägerin, der Mehrforderung des Beklagten und der endgültig festgestellten Summe — von den übrigen Kosten der I. Instanz dem Beklagten $^6/_7$, der Klägerin $^1/_7$, von den Kosten der II. und III. Instanz aber dem Beklagten $^3/_5$ und der Klägerin $^2/_5$ zuzuweisen sind. Red.

Digitized by Google

97.

Pfründvertrag.

1) Die Auflösung eines Pfründvertrages wegen Unverträglichkeit setzt Ungehörigkeiten von beiden Seiten voraus; dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß der klagende Theil selbst Schuld am Unfrieden ist.
2) Eigenthümliche Folgen der Auflösung.

Die Wittwe Gebringer hatte i. J. 1867 mit Rudolph Reis einen Verpfründungsvertrag abgeschlossen, wonach sie gegen die unglaublich geringe Summe von 200 Gulden lebtäglich Kost, Wohnung und Pflege von ihm erhalten sollte. Trotzdem stellte sie schon sechs Monate nachher wegen Mißhandlungen des Pfründgebers die Auflösungsklage an, wogegen der Beklagte unter Widerspruch der Klaggründe einwendete, daß die Klägerin im höchsten Grad dem Schnapstrinken ergeben und eine äußerst bösartige, zänkische Person sei, was er auch durch Zeugen erwies. Im Uebrigen geben Auskunft die

Entscheidungsgründe

zum Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 14. Juli l. J.

„Auch in dem Falle, wenn durch die bewiesenen Zuwiderhandlungen des Beklagten gegen die Bösartigkeit der Klägerin die Unverträglichkeit der streitenden Theile dargethan ist, kann die Klägerin dennoch die Auflösung des Verpfründungsvertrags verlangen; es ergibt sich dies aus den bestimmten und klaren Vorschriften des L.R.S. 1983 i und aus den landesherrlichen Verordnungen vom 15. September 1807 und vom 16. März 1808, Regierungsblatt No. 10, welch' letztere Verordnungen die Grundlage der landrechtlichen Bestimmungen in L.R.S. 1983 a ff. bilden, wornach die Auflösung des Verpfründungsvertrags überhaupt dann erfolgen soll, wenn sich Widrigkeiten zwischen dem Pfründnehmer und dem Pfründgeber erheben.

Daraus folgt der klare Wille des Gesetzgebers, daß im Falle der vorliegenden Unverträglichkeit, gleichgiltig, ob der Pfründnehmer oder der Pfründgeber hauptsächlich die Schuld daran trägt, Jeder derselben die Auflösung des Verpfründungsvertrags verlangen kann.

Der nachgewiesene bösartige und händelsüchtige Charakter der Klägerin genügt aber noch nicht, um eine Unverträglichkeit der streitenden Theile darzuthun, diese letztere setzt vielmehr eine Wechselbeziehung zweier Personen voraus; es müssen daher auch Handlungen des Beklagten erwiesen sein, welche sich gleichfalls als Ungehörigkeiten gegenüber der Klägerin darstellen. Derartige Handlungen des Beklagten sind unter 1 c und d des Beweiserkenntnisses enthalten, und zwar sind dieselben als ein Ganzes aufzufassen, da eine einzelne derartige Handlung des Beklagten noch nicht eine ungehörige Behandlung der Klägerin begründen würde. Die Klägerin hat jedoch den Beweis dieser Handlungen des Beklagten lediglich durch Eideszuschiebung an den letzteren angetreten, es kommt daher auf die Leistung oder Verweigerung dieses von dem Beklagten angenommenen Eides an, wobei sich die Folgen der Leistung oder Verweigerung nach §§. 558 und 560 der Pr.O. richten.

Im Fall nun der Verweigerung des gesammten, dem Beklagten zugeschobenen Eides müßte nach dem Obigen der Verpfründungsvertrag aufgelöst werden; die weiteren Bestimmungen des Urtheils richten sich nach L.R.S. 1983 m und n, wobei nur noch zu bemerken ist, daß bezüglich der Bestimmung des am Pfründschilling zurückzubehaltenden Theiles durch den Beklagten — seiner Zeit das Alter der Klägerin zu erheben, und daß sodann nach Maaßgabe der Süßmilchischen Lebenstabelle die Wahrscheinlichkeit der Lebensdauer der Klägerin festzusetzen ist. Die Berechtigung des Beklagten zur Zurückbehaltung eines Theils am Pfründschilling ergibt sich aber daraus, daß die Klägerin die Hauptschuld an der vorhandenen Unverträglichkeit trägt und rechtfertigt sich deßhalb auch im Falle der Eidesverweigerung des Beklagten die Verurtheilung in die Hälfte der Kosten. §. 169 der Pr.O.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Die betreffende Bestimmung des Urtheils lautet:

Verweigert Beklagter die Haupteide, so wird der Verpfründungsvertrag in der Art für aufgelöst erklärt:

a) daß die Pfründreichung mit der gehabten Nutzung des Pfründkaufschillings wettgeschlagen wird,
b) daß der Beklagte berechtigt ist, einen verhältnißmäßigen Theil am Pfründschilling zurückzubehalten;
c) daß dieser zurückzubehaltende Theil mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Lebensdauer der Klägerin durch drei Schiedsrichter bestimmt werden soll, von denen jeder Theil Einen und das Gericht Einen ernennt, und die ermessen sollen,

Digitized by Google

wieviel nach Verhältniß der verfloſſenen zur rückſtändigen Pfründezeit auf jene zu rechnen iſt.

Dr. Puchelt.

98.

Das Uebereinkommen, wodurch ſich ein bei einer bevorſtehenden Vermögensübergabe Betheiligter verpflichtet, einem anderen Betheiligten dafür, daß dieſer bei Abſchließung des Uebergabsvertrags zu der niederen Schätzung der Liegenſchaften ſeine Einwilligung ertheile, eine beſtimmte Summe zu zahlen, iſt keine Schenkung, auch kein Beſtandtheil der ſpäter zu Stande gekommenen Vermögensübergabe, und daher nicht an öffentliche Form gebunden. L.R.S.S. 931. 1100ab.

Daſſelbe iſt, wenn die Schätzung auch ſchon früher und unter Mitwirkung ſämmtlicher Betheiligten ſtattgefunden hat, nicht ohne Verpflichtungsgrund L.R.S. 1131, und hat auch nicht die Erbſchaft einer noch lebenden Perſon zum Gegenſtande. L.R.S.S. 791. 1130. 1600.

Die Urkunde, worin der eine Theil dem anderen die Zahlung jener Summe zuſagt, iſt nur als eine, das Anerkenntniß der einſeitigen Verpflichtung dieſes Vertragstheils enthaltende Schuldurkunde anzuſehen, L.R.S. 1326, bedarf daher nicht des Erforderniſſes des L.R.S. 1325.

In Sachen

des Ludwig Adelmann in Ballenberg, Klägers, Appellanten, Oberappellaten,

gegen

Georg Hupp, jetzt deſſen Rechtsnachfolger, die Minderjährigen: Georg Michael, Georg Joſeph, Franz Joſeph, und Michael Herrmann Hupp, unter Vormundſchaft des Georg Lutter in Grünsfeld, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend.

Da Stephan Hupp beabſichtigte, eine Vermögensübergabe an ſeine zwei Kinder, den urſprünglichen Beklagten und die Ehefrau des Klägers, vorzunehmen, ſo wurde zu dieſem Zwecke am 21. April 1860 notariell die Verzeichnung und Abſchätzung der zu übergebenden Liegenſchaften bewirkt. Am 25. April ſtellte der Beklagte ſeinem Schwager, dem Kläger, eine Urkunde aus, in welcher er demſelben dafür, daß er mit der niedrigen Taxation einverſtanden ſei, eine Entſchädigung von 1000 fl. verſprach, zahlbar in zehn, mit dem Todestage des Uebergebers beginnenden unverzinslichen Jahresterminen.*) Am 30. April wurde ſodann das Uebergabsgeſchäft wieder aufgenommen und unter Einwilligung ſämmtlicher Betheiligten zu Ende geführt. Hiernach erhielt der Beklagte das Vermögen im Stück mit der Auflage, ſeiner Schweſter ihr Betreffniß in Geld auszuzahlen.

Nachdem der Uebergeber am 23. Februar 1862 geſtorben, klagte nun der Kläger die ſeither verfallenen Jahresziele der erwähnten 1000 fl. gegen den Beklagten mit der Bitte ein, ihn auch in Betreff der noch nicht verfallenen Ziele für ſchuldig zu erklären, ſie an den Verfalltagen zu bezahlen. Das großh. Kreisgericht hat den Kläger abgewieſen, das Appellationsgericht nach dem Klagbegehren erkannt, und auf die von den Beklagten hiergegen ergriffene Oberappellation wurde von dem großh. Oberhofgericht das Urtheil zweiter Inſtanz am 6. Juli 1869 beſtätigt. Es beſagen die

Entſcheidungsgründe.

„Die mit der Bitte um Wiederherſtellung des Urtheils erſter Inſtanz verbundene Oberappellation ſtellt ſich als unbegründet dar.

Nachdem der urſprüngliche Beklagte Georg Hupp ſeine unter der Privaturkunde vom 25. April 1860 befindliche Unterſchrift als ächt anerkannt hat, ſo erſcheint

---

*) Die Urkunde lautet wörtlich:

„Grünsfeld den 25. April 1860. Ich Unterzeichneter verſpreche hiermit meinem Schwager L. Adelmann in Ballenberg, daß ich demſelben wegen Begünſtigung unſerer heute notariſch aufgenommenen Vermögensübergabe, weil derſelbe mit der niedrigen Gerichts-Taxation einverſtanden iſt, eine Entſchädigungsſumme von Ein Tauſend Gulden, welche Summe ich verſpreche nach des Vaters Tod auszuzahlen, und zwar vom Todestag an Einhundert Gulden ohne Zins, und ſo jedes Jahr auf den Todestag zehn Jahre, alſo zehn Termine, jeden Termin Einhundert Gulden ohne Zins. Was ich hiermit mit eigener Unterſchrift anerkenne. Grünsfeld den fünf und zwanzigſten April Eintauſend Achthundert und Sechzig. Georg Hupp."

Digitized by Google

die klagend verfolgte Forderung bewiesen. Dagegen sind die Einwendungen des beklagten Theils nicht stichhaltig.

Wenn die rechtliche Wirksamkeit des Zahlungsversprechens vom 25. April 1860, wodurch Georg Hupp dem Kläger dafür, daß er mit der niederen Taxation einverstanden sei, eine Entschädigung von 1000 fl. zusagte, deßhalb beanstandet wird, weil es keine Vertragsursache mehr gehabt habe, nachdem schon am 21. April die ganze Schätzung vom Kläger durchgehends als richtig anerkannt worden, so kommt dagegen in Betracht, daß ausweislich der öffentlichen Urkunde vom 21. April die Betheiligten damals nur die Vornahme der Schätzung, die in ihrem Beisein von den hiezu competenten Waisenrichtern abgegeben wurde, beurkundet, dieselbe aber nicht als richtig anerkannt haben, was erst in der öffentlichen Urkunde vom 30. April geschah. Zudem erscheint jene Schätzung nur als ein vorbereitender Akt zu der beabsichtigten und später vorzunehmenden Vermögensübergabe, von welcher sie einen Bestandtheil oder eine ihrer Grundlagen zu bilden bestimmt war und erst durch diesen Schlußact rechtlichen Bestand erhielt, vorher aber und für sich allein betrachtet, wenn sie auch allseits anerkannt war, kein verbindliches Rechtsgeschäft darstellte. Der Verpflichtungsgrund des Uebereinkommens vom 25. April, an welchem Tage hiernach jene Schätzung noch keinen Theil verpflichtete und keine Rechtswirkung äußern konnte, besteht daher in Leistung und Gegenleistung, der Beklagte verspricht nämlich dem Kläger 1000 fl. zur Ausgleichung dafür, daß derselbe die niedere Schätzung, um welche der Beklagte die zu übergebenden Liegenschaften mit Verkürzung der kläger'schen Ehefrau erhalten soll, bei der bevorstehenden Vermögensübergabe anerkenne.

Ebenso hinfällig ist die Behauptung, daß durch die Anerkennung des Uebergabsaktes vom 30. April Seitens des Klägers auf das besondere Uebereinkommen vom 25. April verzichtet worden sei. Abgesehen nämlich davon, daß Verzichte nicht vermuthet werden dürfen, das Uebereinkommen vom 25. April aber sehr wohl *neben* der Vermögensübergabe vom 30. April bestehen kann, so liegt in der dem Schlußakt vom 30. April ertheilten Anerkennung gerade der Vollzug des Uebereinkommens vom 25. April von Seite des Klägers und er hat dadurch somit seine Vertragsverbindlichkeit erfüllt, aber auch den Anspruch auf die ihm in der Urkunde vom 25. April zugesagte Gegenleistung sich gesichert.

Ferner ist auch die weitere Einwendung, daß diese Urkunde eine Schenkung enthalte, welche Mangels einer öffentlichen Beurkundung ungiltig sei, unbegründet. Denn da das fragliche Uebereinkommen nicht nur dem Beklagten eine Verbindlichkeit auferlegt, sondern ebenso auch der Kläger eine solche übernommen hat, welche in der zu geschehenden Anerkennung der niederen Schätzung besteht, so ist dasselbe nicht als ein Freigebigkeitsvertrag, sondern als ein doppelseitiger, belastender Vertrag anzusehen, dessen Giltigkeit nicht an eine Beurkundung in öffentlicher Form geknüpft ist. Aber auch das für den Fall, daß es sich um einen doppelseitigen Vertrag handle, vorgeschützte Vorbringen, daß der Urkunde das Rechtserforderniß des L.R.S. 1325 abgehe, ist unbegründet, indem, wenn gleich das Uebereinkommen selbst unter die Klasse der doppelseitigen Verträge fällt, die Urkunde nicht den Inhalt der beziüglichen Vertragsurkunde, sondern einer Schuldurkunde hat, weil darin nur der Beklagte unter Anführung des Rechtsgrundes seine einseitige Verbindlichkeit dem Kläger gegenüber anerkennt und sie zu erfüllen verspricht, auf dergleichen schriftliche Schuldbekenntnisse aber die Vorschrift des L.R.S. 1326 und nicht die des L.R.S. 1325 Anwendung findet. Und da der Beklagte unter die Klasse der Ackersleute gehört, so genügt auch zur vollen Beweiskraft der Urkunde, daß blos die *Unterschrift*, welche derselbe anerkannt hat, von ihm herrührt. L.R.S 1326 Abs. 2.

Der Mangel öffentlicher Beurkundung soll das Uebereinkommen vom 25. April auch aus dem Grunde ungiltig machen, weil dasselbe, als die Einwilligung eines Betheiligten in eine Vermögensübergabe enthaltend, einen Bestandtheil dieses Rechtsgeschäfts bilde, die Vermögensübergaben aber nach L.R.S. 1100 ab durchaus an öffentliche Form gebunden seien. Gegen diese Anschauung kommt jedoch in Erwägung, daß das Uebereinkommen vom 25. April zwar mit der beabsichtigten Vermögensübergabe allerdings im Zusammenhange steht, indem dasselbe sich auf die bei letzterer zu ertheilende Einwilligung eines Betheiligten zu dem ganzen Rechtsgeschäfte bezieht, daß es aber keinen Bestandtheil der Vermögensübergabe selbst ausmacht, da es insbesondere nicht die erwähnte Einwilligung eines Betheiligten, sondern nur die *Zusage* einer solchen enthält, die erst beim Abschluß des Uebergabsvertrags nöthig war und ertheilt werden sollte, und die sodann auch in der öffentlichen Vertragsurkunde vom 30. April ertheilt worden ist.

Digitized by Google

Der Vertrag vom 25. April erscheint vielmehr als ein von der später erfolgten Vermögensübergabe abgesonderter, selbstständiger Vertrag, dessen Rechtswirksamkeit nicht an die feierliche Form einer Vermögensübergabe gebunden ist.

Vergeblich sucht endlich der beklagte Theil den Vertrag vom 25. April als einen solchen darzustellen, der über die Erbschaft einer noch lebenden Person handle, indem dadurch die klagenden Eheleute auf ihr dereinstiges Recht, die Vermögensübergabe wegen Pflichttheilsverletzung anzufechten, gegen die eingeklagte Summe verzichtet, beziehungsweise ihr Recht an dem dereinstigen Nachlaß, soweit es sich um die fraglichen Liegenschaften handelt, um jene Summe veräußert hätten. Auch diese Ansicht ist unhaltbar, denn der Vertrag vom 25. April wurde zum Zweck des Zustandekommens eines unter Lebenden zu bewerkstelligenden Rechtsgeschäfts abgeschlossen, wodurch sich Stephan Hupp seiner gegenwärtigen Güter und darunter namentlich der fraglichen Liegenschaften sofort und unwiderruflich zum Vortheil seiner Kinder begeben hat, daher dieselben nicht mehr einen Theil seines künftigen Nachlasses bilden konnten. Uebrigens würde der Vertrag vom 25. April dem klagenden Theil, wenn er eine Klage wegen Pflichttheilsverletzung erheben wollte, offenbar nicht entgegenstehen, da derselbe einen Verzicht auf solche weder ausdrücklich noch folgerungsweise enthält. *)

Aus diesen Gründen und in Anwendung des §. 170 der Pr.O. wegen der Kosten wurde bestätigend erkannt."

Selb.

*) Der großh. Appellationssenat verwarf diese zuletzt behandelte Einwendung aus dem Grunde, weil inhaltlich der angerufenen Akten über die Vermögensübergabe des Stefan Hupp solche gegen die dem Beklagten auferlegte Verbindlichkeit zur Zahlung eines Leibgedings geschah und nach L.R.S. 918 die Miterben in gerader Linie, welche in eine derartige Vermögensübergabe eingewilligt haben, auch im Falle einer Pflichttheilsverletzung keine Einwerfung verlangen können. Diesen Grund scheint jedoch deßhalb nicht stichhaltig zu sein, weil, wenn derselbe entscheidend wäre, dem Uebereinkommen vom 25. April 1860 in der That, wie der Beklagte behauptet, ein Verpflichtungsgrund fehlen und dasselbe daher wirkungslos sein würde; denn man hätte kontrahirt, um ein überall nicht existirendes Hinderniß des Zustandekommens der beabsichtigten Vermögensübergabe hinwegzuräumen, also über ein Klagrecht des Klägers, das nicht gegründet ist, welcher Umstand den Vertrag als eine conventio sine causa unzulässig machen würde. Man vergl. L.R.S.S. 1131. 2054 ff. Zachariä, Bd. II. S. 527 Nr. 2. Aubry et Rau, Bd. III. Seite 475 und ff. Nr. 2. Zudem scheint es bedenklich zu sein, ohne Nothwendigkeit sich schon jetzt darüber auszusprechen, ob dem klagenden Theil ein Recht zur Anfechtung der Vermögensübergabe wegen Pflichttheilsverletzung zustehe, da doch diese Frage gar nicht vor den Richter gebracht, vielweniger darüber verhandelt worden ist, und man sie nur durch Supplirung der auf den Schlußsatz des L.R.S. 918 gestützten Einrede vernehmen kann.

99.

Zu §. 210 des Strafgesetzbuchs.

Bei der schwurgerichtlichen Verhandlung gegen Paul Gutenkunst von Heimsheim wegen Todtschlags wurde als Milderungsgrund geltend gemacht, daß der Getödete den Affect durch thätliche Mißhandlungen, zu welchen der Thäter keine hinreichende Veranlassung gab, selbst hervorgerufen habe.

Die großh. Staatsanwaltschaft bestritt, daß in dieser Richtung die Stellung einer Frage an die Geschworenen zulässig sei, denn nach vorliegenden Umständen seie der Fall kein leichterer; indem aber das Gesetz nur die Arbeitshausstrafe bis auf zwei Jahre herabsinken lasse, seie der Milderungsgrund bezüglich der schwereren Fälle, für welche Zuchthausstrafe angedroht ist, ausgeschlossen.

Diese Anschauung der großh. Staatsanwaltschaft wurde von dem Gerichtshof nicht getheilt. Das Gesetz unterscheidet in §. 210 des Str.G.B. nicht zwischen leichteren und schwereren Fällen, sondern der Sinn des Gesetzes ist der, daß in keinem Falle der Todtschläger von einer geringeren Strafe als zwei Jahre Arbeitshaus betroffen wird. Der Commissionsbericht von Zentner besagt: „in dem Falle, wo zur Kränkung, beziehungsweise schweren Beleidigung oder thätlichen Mißhandlung keine Veranlassung vorhanden war, hat der Richter die Strafscala von zwei Jahren Arbeitshaus bis zu zwanzig Jahren Zuchthaus." Nachdem der Gesetzgeber das Minimum der Strafe auf zwei Jahre Arbeitshaus festgesetzt hat, war es nicht mehr nothwendig, der Zuchthausstrafe noch besonders zu erwähnen, denn nach §. 14 des Str.G.B. kann diese, wo nicht das Gesetz etwas Anderes verordnet, nicht auf weniger als drei Jahre erkannt werden In Consequenz dessen wurde die seitens der Vertheidigung beantragte Frage gestellt, ungeachtet darüber, daß der Fall ein schwerer ist, ein Zweifel nicht bestand.

Blittersdorff.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 15.**

100.

Fälschung eines Eisenbahnbillets.

Kaufmann B. von K. löste am 17. Februar dieses Jahres eine sogenannte Abonnementskarte für 20 Fahrten auf der Bahnstrecke Carlsruhe-Pforzheim, giltig bis zum 18. März; an dem Endtermin waren erst 16 Fahrten benutzt; um die weitern 4 nicht zu verlieren, änderte Borkmüller die Zahl 17 in 27 und den 18. März in 28. um, und benutzte am 22. März die so gefälschte, damals nicht mehr giltige Karte. Dem Condukteur kamen beim Coupiren die Zahlen etwas verändert vor, allein Angesichts der Persönlichkeit des Besitzers schwand sein Verdacht, er coupirte die Karte und gab sie zurück. Zufälliger Weise war ein Transportinspektor auf dem Zug, welcher bei Revision der Billete die Karte zu sich nahm, und auf dem Eisenbahnamte, wo die Nummeros in ein Journal eingetragen sind, sofort feststellte, daß die Zahlen 27 und 28 falsch waren.

Der Angeklagte gestand die Fälschung zu, bestritt aber die gewinnsüchtige Absicht; nach seiner Angabe hatte er am 22. März zu dem von ihm benutzten ersten Zuge ein Billet, das in der Verhandlung vorgezeigt wurde, gelöst, solches jedoch in seiner Rocktasche verlegt und nur deßhalb von der Abonnementskarte Gebrauch gemacht; allein es stellte sich heraus, daß das Billet seiner Nummer nach nicht zu dem ersten Zug gelöst sein konnte; es war coupirt, somit wahrscheinlich von einem andern Reisenden benutzt und nicht abgegeben worden; man hielt übrigens dieses Vertheidigungsmaterial für unerheblich, denn wenn B. in der That am 22. März ein Billet löste, und nur deßhalb die ungiltige und gefälschte Karte gebrauchte, um die materiellen Folgen des Nichtbesitzes eines Billets zu vermeiden, so handelte er gleichwohl in gewinnsüchtiger Absicht, weil, wer sein Billet verliert, entweder ein anderes kaufen oder aber seinen Verlust dem Fahrpersonal glaublich machen muß.

Die Schuldfrage bot somit keine Schwierigkeiten, wohl aber die Qualification des Verbrechens. Die Raths- und Anklagekammer hatte den Angeklagten wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde verwiesen, und die großh Staatsanwaltschaft begründete in dieser Richtung unter Hinweisung auf die Entscheidungen in Annalen Band XXX. 293, XXXII. 160, XXXIII. 129 die Anklage. Die Mehrheit der urtheilenden Richter erklärte den Angeklagten nur der Fälschung einer Privaturkunde schuldig.

Man ging davon aus, daß der Verkehr des Publikums mit der Eisenbahnbetriebsbehörde ein rein privatrechtlicher ist, indem der Reisende gegen Bezahlung der Taxe die Fuhrdienste miethet; man nahm ferner an, daß es keinen Unterschied begründen könne, ob der Staat oder eine Privatgesellschaft die Eisenbahn im Betrieb hat, vielmehr in dem einen wie dem andern Fall ein Frachtgeschäft vorliegt, welches sich nach privatrechtlichen Bestimmungen richtet, und wobei das Billet als die Vertragsurkunde erscheint, welche den Inhaber gegen Vorausbezahlung des Preises zu einer bestimmten Fahrt berechtigt. Man beruft sich gegnerischerseits (vergleiche Annalen XXXIII. 129) darauf, daß die Fahrbillete von den mit ihrer Controle beauftragten Beamten der Eisenbahnverwaltung ausgeben, und deßhalb öffentlichen Glauben in den Beziehungen der Eisenbahnverwaltung mit dem Publikum zu beanspruchen haben; allein nach meiner Ansicht kommt es bei Entscheidung der vorwürfigen Frage nicht darauf an, ob die Eisenbahnbeamten öffentliche Diener sind, vergleiche Annalen XXII. 160, sondern der Schwerpunkt liegt darin, ob diese Beamten die Urkunden über privatrechtliche oder über eine öffentliche Verpflichtung ausfolgen, und als eine letztere kann doch die Miethe einer Fuhrgelegenheit sicherlich nicht erscheinen. Dieser Grundsatz ist in einer neuerlichen Entscheidung großh. Oberhofgerichts in Annalen laufenden Jahres S. 184 anerkannt, es wird dort zugegeben, daß den Urkunden, welche von Verwaltungsbehörden als Vertretern des Aerars über privatrechtliche Verpflichtungen Dritter gegen das Aerar aufgenommen wurden, die Eigenschaft öffentlicher Urkunden abgeht, da jenen Behörden in dieser Beziehung kein Beurkundungsrecht

Digitized by Google

zusteht. Der eine Contrahent kann nicht die Verbindlichkeitsübernahme des Gegencontrahenten beglaubigen. Es wird z. B. dem Domainenverwalter in Bonndorf Niemand die Eigenschaft eines öffentlichen Dieners bestreiten, allein deßhalb sind schriftliche Verträge, welche dieser Beamte über Lieferung von Lagerbier aus der herrschaftlichen Brauerei Rothhaus mit Bierwirthen abschließt, keineswegs öffentliche Urkunden. Die weitere Gegengründe, daß die Billete nach bestimmten Formen gefertigt werden, und als Einnahmsbelege der Cassenrechnung erscheinen, sind unerheblich; es besteht keine gesetzliche Vorschrift über die Feierlichkeiten bei Fertigung eines Eisenbahnbillets, L.R.S. 1327 und hieran wird auch durch die Rechnungsführung, welche bei jeder Privatunternehmung in gleicher Weise vorkommt, nichts geändert. v. Blittersdorff.

101.

Ueber die Begründung der Minderungsklage nach L.R.S. 922.

In Sachen
des Joseph und Wilhelm Schill, Peter Schott von Kirchlingsbergen und Silvester Schott von Hecklingen, Kläger, erstere drei Appellanten, Oberappellaten
gegen
Castmir Schill von Kirchlingsbergen, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,
Minderung von Schenkungen betr.

Der Erblasser der Kläger, der Großvater beider Theile, hatte mit seiner ersten Ehefrau im Jahr 1834 ihren 3 Kindern Vermögen übergeben und diese Uebergabe wurde nach dem Tode seiner Ehefrau im Jahre 1843 der Theilung definitiv zu Grund gelegt

Weder in dem einen noch in dem andern Akte ist aber der Vermögensantheil eines jeden der beiden Ehegatten bezeichnet und festgestellt, obwohl angeführt wird, daß das Vermögen theils vom Vater, theils von der Mutter herrühre, — sondern es ist sowohl die Uebergabe, als auch die Theilung ohne deßfallsige Ausscheidung vorgenommen und letzterer die Erklärung vorausgeschickt: „Wir haben uns entschlossen, das Gesammtvermögen ohne Rücksicht auf das beiderseits beigebrachte und errungene Vermögen unter uns zu vertheilen," und übereinstimmend damit wurde in §. 1 der Theilungsbedingungen der in diesem Geschäfte dem Vater, beziehungsweise Wittwer zugewiesene Vermögensempfang (ad 2783 fl.) als ehemännliches, und der den Kindern zugewiesene ad 6304 fl. 3 kr. als eheweibliches Vermögen erklärt. Der Beklagte sah sich durch den Stand des Nachlasses veranlaßt, auf sein Erbrecht zu verzichten. Die Kläger verlangten aber auf Grund des L.R.S. 922 die Minderung der dem Beklagten unter der Form von Kaufverträgen gemachten Schenkungen von Liegenschaften.

Das großh. Oberhofgericht wies jedoch in Uebereinstimmung mit der I. Instanz die Klage wegen Mangels der Begründung ab.

Entscheidungsgründe:

Wenn auch der Vater und die Kinder sich zu Umgehung weitläufiger Auseinandersetzung zu der oben bezeichneten Behandlung der beiderseitigen Vermögensansprüche verstanden haben, als es sich um Vertheilung der Gemeinschaftsmasse, beziehungsweise des in der Vermögensübergabe von 1834 begriffenen Vermögens zwischen dem Wittwer einerseits und den Kindern anderseits handelte, so kann man dieser Willenserklärung doch nur eine Geltung für dieses Rechtsgeschäft beilegen, und dieselbe nicht ohne Weiteres auch auf den Fall ausdehnen, wo es sich um die Frage handelt, welche Rechte dem Wittwer und beziehungsweise seinen Kindern an jenem dem Wittwer für seinen Theil bereits zugeschiedenen Betreffniß von 2783 fl. zusteben, wie weit insbesondere die freie Verfügungsgewalt des Wittwers an jenem Vermögen gegangen sei und wie viel den Kindern davon als Pflichttheil habe gelassen werden müssen.

Den Klägern können daher bei Begründung ihrer, nach strengem Rechte zu beurtheilenden Minderungsklage die gesetzlich vorgeschriebenen Nachweisungen nicht auf Grund der von ihren Großeltern getroffenen Vereinbarung erlassen werden; zu dieser Klage gehörte vielmehr die Feststellung des Vermögens des Erblassers der Kläger in seinem wirklichen Bestande, die Bezeichnung und Berechnung des ehemännlichen Vermögens, welches bei der Vermögensübergabe den Kindern übertragen und ihnen bei der Theilung des Nachlasses ihrer Mutter belassen wurde, endlich die Einrechnung jener Vermögenstheile zum Nachlasse, beziehungsweise zur Bestimmung des Freitheils. Beim Mangel dieser Nachweisungen fehlt

Digitized by Google

es der Klage an der nöthigen Begründung und mußte das Urtheil I. Instanz wiederhergestellt, bezüglich der Kosten aber nach §. 170 der Pr.O. erkannt werden.

Red.

102.

Zum Gesetz vom 20. Februar 1868, das Verfahren gegen ungehorsame Wehrpflichtige und die Bestrafung derselben betreffend. (Reggsbl. 1868 No. 14).

1) Der staatsanwaltschaftliche Antrag nach §. 6 des alleg. Gesetzes ist nicht an den Vorsitzenden der kleinen Kreisgerichte, sondern an jenen der Strafkammer des betreffenden Kreis- und Hofgerichts zu richten. Letzterer kann jedoch einen Beschluß der Raths- und Anklagekammer veranlassen, wodurch die Sache an das kleine Kreisgericht verwiesen wird.
2) Die Beschlagsverfügung nach §. 7 des alleg. Gesetzes hat der Vorsitzende der zuständigen Strafkammer zu erlassen.
3) Außer der in §. 5 des alleg. Gesetzes bezeichneten Beurkundung ist ein Vermögenszeugniß des Angeklagten erforderlich.

Mit Schreiben des Stellvertreters des großh. Staatsanwalts vom 2. Juni 1869, No. 1769, wurde an den Unterzeichneten, als Vorsitzenden der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Abth. Heidelberg, der Antrag gestellt, gegen Jak. Bernh. Kegel von Dühren (A.G. Sinsheim), wegen Ungehorsams in Bezug auf seine Wehrpflicht, Vermögensbeschlagnahme zu verfügen und Tagfahrt zur Hauptverhandlung anzuberaumen.

Da ich Bedenken gegen meine Zuständigkeit hegte und das Vermögenszeugniß des Angeklagten fehlte, so wurde die Sache am 14. Juli l. J. im Plenum des Kreisgerichts Heidelberg unter Zuzug des großh. Staatsanwalts berathen, wobei man sich einstimmig für die in obiger Ueberschrift aufgestellten Sätze aussprach. Indem ich hiermit die in meinem Buche „Ergänzende Gesetze" S. 172 Bemerkung 2 geäußerte Ansicht über die Zuständigkeit zur Beschlagnahme berichtige, habe ich noch zu bemerken, daß nach einem an die Staatsanwälte ergangenen Generale des großh. Justizministerium vom 18. März 1869, No. 2742, die Verwaltungsbehörden angewiesen werden sind, mit der Beurkundung nach 5 des alleg. Gesetzes, zugleich ein Vermögenszeugniß über den Angeklagten mitzutheilen.

In Folge dessen habe ich der großh. Staatsanwaltschaft erklärt, daß ich nicht in der Lage sei, dem gestellten Antrage zu entsprechen.

Die Gründe der oben angeführten Plenar-Entschließung finden sich in dem nachstehenden Vortrage des großh. Kreisgerichtsraths Wundt:

Vortrag.

In dem Commentar der ergänzenden Strafgesetze von Dr. Puchelt sind S. 164 Bem. 4, S. 172 Bem. 2, und S. 176 Bem. 7 folgende in dem Gesetz vom 20. Februar 1868 über die Bestrafung der ungehorsamen Wehrpflichtigen nicht ausdrücklich beantwortete Fragen berührt, bezw. besprochen:

1) ob §. 3 des Gesetzes, indem er das Erkenntniß der Strafkammer des Kreisgerichts zuweist, nur die Kreis- und Hofgerichte, oder auch die Kreisgerichte meint?
2) Wer die im §. 7 des Gesetzes erwähnte Beschlagsverfügung zu erlassen habe?
3) ob bei Festsetzung der Hauptverhandlung über die für die Strafausmessung erheblichen Thatumstände, insbesondere die Vermögensverhältnisse des Angeklagten Erhebungen stattzufinden haben?

ad 1) Bei Beantwortung der ersten Frage muß vor Allem berücksichtigt werden, daß nach §. 26. 27 der Gerichtsverfassung und §. 5—7, §. 18. 19 der Vollzugsverordnung dazu nur bei den 5 Kreis- und Hofgerichten die Strafkammern für die 5 Appellationsgerichtsbezirke des Landes bestehen, und daß die Mitglieder der Kreisgerichte zwar zugleich Mitglieder der Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts sind, aber keine eigene und ständige Strafkammer bilden. Aus den Mitgliedern der Kreisgerichte mit beschränkter Competenz kann allerdings für die Aburtheilung einzelner Strafsachen eine Strafkammer gebildet werden, ihre Zuständigkeit beschränkt sich aber auf die ihr zugewiesenen Fälle, mit deren Erledigung auch ihre Function als Strafkammer beendigt ist. So wenig das Kreisgericht mit beschränkter Competenz (§. 27 der Gerichtsverfassung) die Eigenschaft einer Strafkammer oder einer ständigen Abtheilung der Strafkammer mit

Digitized by Google

einer territorial abgegrenzten Gerichtszuständigkeit hat, ebensowenig kann der Kreisgerichtsdirector als Vorsitzender der Strafkammer im Sinne des § 6 des Gesetzes vom 20. Februar 1868 betrachtet werden, denn ohne das Vorhandensein einer Strafkammer als ständiges Gericht ist auch ein Vorsitzender derselben nicht denkbar. Nach §. 19 der Vollzugsverordnung zur Gerichtsverfassung führt der Kreisgerichtsdirector in den Strafkammersitzungen bei den Kreisgerichten gewöhnlich den Vorsitz und hat also die Eigenschaft eines Vorsitzenden der Strafkammer nur in denjenigen Fällen und für so lange, als das Kreisgericht in der Eigenschaft einer Strafkammer functionirt, also nur für diejenigen Strafsachen, welche die Raths- und Anklagekammer an das Kreisgericht als Abtheilung der Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts verwiesen hat. Die großh. Staatsanwaltschaft hätte daher — wie ich glaube — den in §. 6 des Gesetzes erwähnten Antrag an den Vorsitzenden der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts in Mannheim richten sollen. Daß §. 3 Abs. 3 desselben Gesetzes von der Strafkammer des Kreisgerichts und nicht des Kreis- und Hofgerichtes spricht, kann nicht für die Zulässigkeit der Vorlage an den Vorsitzenden des hiesigen Kreisgerichts angeführt werden, weil unter der Bezeichnung „Kreisgerichte" sehr oft auch die Kreis- und Hofgerichte begriffen werden, wie z. B. aus den §§. 4. 5. 6. 26. 27. 28. 32. 33 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung und §. 1 der Vollzugsverordnung dazu hervorgeht.

Es soll nun aber keineswegs behauptet werden, daß die Straffälle gegen ungehorsame Wehrpflichtige immer von den Kreis- und Hofgerichten erledigt werden müssen und nicht auch an die Kreisgerichte als Abtheilungen der Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts gelangen können, aber es ist nicht zu bezweifeln, daß dies nicht etwa davon abhängt, ob der Staatsanwalt seinen Antrag bei dem Kreis- und Hofgericht oder bei dem Kreisgericht einreicht, sondern allein davon, daß die Raths- und Anklagekammer die Sache an das Kreisgericht verweist. §. 18 der Vollzugsverordnung zur Gerichtsverfassung.

In denjenigen Fällen, wo gegen den ungehorsamen Wehrpflichtigen eine Voruntersuchung geführt wird, d. h. wenn er sich durch betrügliche Veranstaltungen der Wehrpflicht zu entziehen sucht (§. 1 des Gesetzes vom 20. Februar 1868), hat die Anklagekammer wie gewöhnlich bei Erlassung des Verweisungserkenntnisses zugleich Beschluß darüber zu fassen, ob die Sache von der Strafkammerabtheilung am Sitze des Kreis- und Hofgerichts oder von der Abtheilung am Sitze eines Kreisgerichts abzuurtheilen sei. In den Fällen des §. 5 des Gesetzes, d. h wenn sich der Wehrpflichtige nur durch Verweilen im Ausland seiner Wehrpflicht zu entziehen sucht, findet aber eine Voruntersuchung nicht statt, und tritt auch insofern ein anderes Verfahren als bei anderen Strafsachen ein, als der Staatsanwalt seinen Antrag nicht bei der Raths- und Anklagekammer, sondern bei dem Vorsitzenden der Strafkammer einzureichen hat. Wenn der Vorsitzende nach dem Wortlaut des §. 6 auch befugt ist, sofort auf diesen Antrag hin die Hauptverhandlung festzusetzen, wozu der Angeklagte vorgeladen wird, so wird er gleichwohl auch für berechtigt angesehen werden müssen, geeigneten Falls (d. h. wenn es zweckmäßiger erscheint, daß die Entscheidung durch das Kreisgericht erfolgt, aus dessen Bezirk der Angeklagte ist), eine Verfügung der Raths- und Anklagekammer darüber zu veranlassen, ob die Sache nicht an ein Kreisgericht als Abtheilung der Strafkammer zu verweisen sei, da weder die Entstehungsgeschichte der § 3 und 6 des Gesetzes, noch innere Gründe zu der Annahme berechtigen, daß man von der allgemeinen Regel — wornach eine Verweisung an ein Kreisgericht zulässig ist — für die Fälle der vorliegenden Art eine Ausnahme machen wollte.

Findet eine solche Verweisung statt, so ist die Verfügung des §. 6 natürlich nicht von dem Vorsitzenden der Strafkammer am Sitz des Kreis- und Hofgerichts, sondern von dem Director des betreffenden Kreisgerichts als Vorsitzenden der hier zu bildenden Strafkammerabtheilung zu erlassen.

ad 2) Die weitere Frage: wer die Vermögensbeschlagnahme zu verfügen habe? ist nach meiner Ansicht dahin zu beantworten, daß es in den Fällen, wo eine Voruntersuchung geführt wird, der Untersuchungsrichter, in den andern Fällen aber, nämlich in denen des §. 5 der Vorsitzende der Strafkammer sei. Nach §. 3 des Gesetzes findet bei der gerichtlichen Verfolgung ungehorsamer Wehrpflichtiger, soweit das Gesetz nichts Anderes bestimmt, das ordentliche Strafverfahren Anwendung. Bei diesem hat — wie allgemein anerkannt ist — der Untersuchungsrichter die Vermögensbeschlagnahme gegen den flüchtigen Angeschuldigten zugleich mit der öffentlichen Vorladung desselben zu verfügen, und dasselbe muß daher auch gelten, wenn der Untersuchungsrichter das Strafverfahren

Digitized by Google

gegen den ungehorsamen Wehrpflichtigen zu beginnen hat, d. h. wenn eine Voruntersuchung der Hauptverhandlung vorausgeht, was in Fällen der betrüglichen Veranstaltungen geschieht. Wo dies nicht der Fall ist, wird das Strafverfahren durch die Verfügung des Vorsitzenden eingeleitet (§. 6 des Gesetzes) und wird man daher annehmen müssen, daß dieser auch die Vermögensbeschlagnahme zu verfügen habe, da §. 7 des Gesetzes ausdrücklich vorschreibt, daß dies stets beim Beginn des Strafverfahrens geschehen solle. Damit ist — wie ich glaube — demjenigen Richter der Auftrag zur Beschlagnahme ertheilt, welcher das Strafverfahren beginnt. Diese Auslegung des § 7 dürfte um so weniger zu beanstanden sein, als §. 342 Abs. 2 der Str.P.O. ebenfalls nicht ausdrücklich den Untersuchungsrichter als diejenige Person benennt, welche die Vermögensbeschlagnahme auszusprechen hat, sondern nur vorschreibt, daß sie gleichzeitig mit der im ersten Absatz des Paragraphen erwähnten vom Untersuchungsrichter ausgehenden Verfügung stattzufinden habe. So gut man hierin eine hinreichend deutliche Bezeichnung des Untersuchungsrichters als der zur Beschlagnahme competenten Behörde findet, ganz ebenso wird man auch den §. 7 auf diejenige richterliche Person beziehen müssen, welche das Strafverfahren gegen den ungehorsamen Wehrpflichtigen einleitet, also je nach Verschiedenheit der Fälle den Untersuchungsrichter oder den Vorsitzenden der Strafkammer. Wenn der Gesetzgeber keinen Anstand nahm, die Vermögensbeschlagnahme bei dem ordentlichen Strafverfahren gegen Flüchtige dem Untersuchungsrichter zu überlassen, so kann es gewiß noch weniger einem Bedenken unterliegen, daß diese Anordnung in den Fällen des §. 5 des Gesetzes von dem Vorsitzenden der Strafkammer ausgehe, der Umstand, daß der XVII. Titel der Str.P.O. eine solche Befugniß dem Vorsitzenden nicht einräumt, kann meines Erachtens nicht dagegen angeführt werden, weil jener Titel die gewöhnlichen Fälle vor Augen hat, wo eine Voruntersuchung vorausging, eine etwa gebotene Vermögensbeschlagnahme also bereits durch den Untersuchungsrichter geschehen ist. Auch der Strafkammer ist eine Befugniß zur Vermögensbeschlagnahme in der Str.P.O. nicht eingeräumt. Wäre daher die Ermächtigung zu dieser Verfügung nicht in §. 7 des Gesetzes selbst enthalten, sondern in der Str.P.O. zu suchen, so käme man zu dem Ergebniß, daß der Untersuchungsrichter, dem die Str.P.O. allein das Recht der Vermögensbeschlagnahme einräumt, dieselbe auch gegen Wehrpflichtige in allen Fällen auszusprechen habe, was aber offenbar mit dem zweiten Absatz des § 7 im Widerspruch stünde. Dies dürfte ein weiterer Beweis dafür sein, daß die Ermächtigung zur Vermögensbeschlagnahme nicht in der Str.P.O, sondern im §. 7 des Gesetzes selbst zu suchen ist.

ad 3) Die Bejahung der dritten Frage scheint mir keinem Bedenken zu unterliegen, und ebensowenig kann nach Ansicht des §. 230 der Str.P.O. die Berechtigung des Vorsitzenden zu solchen Erhebungen bezweifelt werden.

Dr. Puchelt.

103.

Rechtsfall aus dem Handelsrecht.

Gültigkeit der Nachlaßverträge von Handelsleuten zur Abwendung der Gant.

Beschränkung der Anwendung der L.R.A.Sätze 218 ff.

Die Forderung des Klägers Kaufmann Rudolf T. an Kaufmann Wilhelm F. dahier, gegründet auf verschiedene Petroleumlieferungen, bezüglich welcher der Erstere zufolge eines frühern oberhofgerichtlichen Urtheils sich an den Letzteren zu halten hatte, war nach dem Ergebniß der Verhandlungen der früheren Rechtszüge (abgesehen von einem vom Beklagten, Kaufmann F., behaupteten Nachlaßvergleiche) in keiner Beziehung mehr bestritten, so daß es sich nach Lage der Sache blos noch um die Frage handelte, ob der Beklagte befugt erschien, auf Grund eines im März 1866 zwischen ihm und dem Kläger geschlossenen, nach seiner Behauptung wirksam und fest zu Stande gekommenen, Nachlaßvergleiches 60 pCt. an der Restsumme von 2866 fl. 22 kr. in Abzug zu bringen.

Es war die bezügliche Behauptung des Beklagten im Wesentlichen dahin gerichtet, daß er dem Kläger als Dieser am 19. März 1866 zu ihm gekommen sei, seine Lage (wonach er damals seine Verbindlichkeiten nicht alle zu erfüllen vermochte) mit dem Bemerken eröffnet habe, er habe seinen Gläubigern 40 pCt. zu bieten, und seine meisten Gläubiger seien auf dieses Anerbieten eingegangen, und daß der Kläger hierauf erwiedert habe, daß auch er sich für seine Forderung mit 40 pCt. begnüge, deßgleichen ferner, daß der Kläger eine Stunde

Digitized by Google

danach bei einer weiteren Unterredung wegen der damals noch ſtreitigen Frage, ob er, Kläger oder T. Gluſenkamp der Gläubiger des Beklagten ſei, dem Beklagten zugeſagt habe, er werde, wenn er als Gläubiger erklärt werde, jedenfalls ſich mit 40 pCt. ſeiner Forderung begnügen und den Reſt nachlaſſen.

Vom Kläger wurde die Einrede, mit der Behauptung eines anderen Sachverlaufes beſtritten. Derſelbe gab namentlich an, er habe ſeinen Beitritt nur in Ausſicht geſtellt, noch keineswegs bindend zugeſagt, auch ſei nur von Stundung, nicht von Nachlaß der 60 pCt. die Rede geweſen.

Abweichend von der Anſicht der vordern Gerichte, welche nach dem Klagbegehren erkannten, indem ſie einen wirkſam und feſt zu Stande gekommenen Nachlaßvergleich nicht annahmen, weil der hiebei vorausgeſetzte gleichmäßige Beitritt der übrigen Gläubiger in Wahrheit nicht erfolgte, hielt der höchſte Gerichtshof die Einredebehauptung, wenn ſie der Anführung des Beklagten gemäß erwieſen werden könnte, allerdings für entſcheidend, und erließ hienach ein auf Hauptteid erkennendes Endurtheil, wobei er von folgenden Erwägungen ausging:

Was die Zuläſſigkeit und Wirkſamkeit eines derartigen Nachlaßvergleiches betrifft, ſo kommt folgendes in Betracht:

Das badiſche Recht enthält zwar über die Erforderniſſe der Nachlaßvergleiche zahlungsunfähiger Handelsleute in den noch geltenden L.R.Anhangſätzen 206. 207. 218—220 ff., nach dem Vorbild des franzöſiſchen Handelsgeſetzbuches (Art. 437. 519 u. ſ. w.) beziehungsweiſe des Geſetzes vom 28. Mai 1838 (loi des faillites et banqueroutes) [1]) bekannte ſtrenge Vorſchriften, welche für die allgemeine Ungültigkeit ſolcher Nachlaßvergleiche ohne die im Geſetz vorgeſehenen Vorausſetzungen zu ſprechen ſcheinen, eine Anſicht, welche auch, beſonders in früherer Zeit, in vielen Entſcheidungen mit Strenge feſtgehalten wurde.

Vergl. Lauckhard, Rechtsfälle Bd. III. S. 438.
Rogron, code de commerce ad art. 519, (507), Entſcheidung des Caſſationshofes vom 3. Januar 1833.
Dalloz, répertoire Bd. 24, faillite No. 672. 674. 677. 730;
ſiehe auch Annalen Band 2 S. 295, Bd. 13 S. 391.

Allein eine minder ſtrenge Auffaſſung des Geſetzes, wonach die beſchränkenden Vorſchriften der angeführten Sätze nur auf eigentliche Failliten im geſetzlichen Sinne, auf die (wenigſtens in der Folge) gerichtlich für gantmäßig erklärten Handelsleute ihre Anwendung finden, außergerichtliche Nachlaßvergleiche der Handelsleute zur Abwendung des Gantverfahrens aber, wenn ſie in redlicher Weiſe abgeſchloſſen werden, und den Erfolg der Gantabwendung wirklich herbeiführen, auch ohne die fraglichen Vorausſetzungen gültig ſind, entſpricht mehr dem wahren Sinne der Geſetzgebung, wie nicht nur in Frankreich, ſondern auch in Baden ſchon in älterer ſowie auch in neuerer Zeit anerkannt wurde. [2])

---

[1]) Das franzöſiſche Geſetz vom 28. Mai 1838, beſonders abgedruckt in der Brüſſeler Ausgabe von Rogron, code de commerce, tritt an die Stelle des Buchs III. des franzöſiſchen Handelsgeſetzbuches (Art. 437—614.) Es enthält manche Aenderungen. Die hier in Frage ſtehenden Art. 519 und 520 (Art. 507. 508 im neuen Geſetz) ſind nicht weſentlich geändert. Der Letztere erhielt erläuternde Zuſätze. Dagegen iſt zu bemerken, daß die Vorſchrift des früheren Art. 521 (L.R.A.S. 222), betreffend die Unzuläſſigkeit von Vergleichen im Falle ſich ergebender Vermuthung der Zahlungsſüchtigkeit, in Art. 510 des neuen Geſetzes ſehr weſentlich gemildert, namentlich für den Fall blos leichtſinniger Zahlungsunfähigkeit (banqueroute simple) ganz aufgegeben iſt.

[2]) Der badiſche L.R.A.S. 218, welcher dem erſten Abſatz des Art. 519 (jetzt 507) des Code de commerce nachgebildet iſt (dem zweiten Abſatz des Letzteren entſpricht L.R.A.S. 220) erwähnt ſtatt des „debiteur failli" des Grundtextes einen Handelsmann, der ſeine Zahlungen einzuſtellen in dem Falle iſt," was in Verbindung mit der beſonderen Vorſchrift des L.R.A.S. 219 über heimliche Vergleiche, etwa als eine noch ſchärfern Ausprägung des franzöſiſchen Syſtems angeſehen werden konnte. Auch iſt in Brauers Erläuterungen Bd. 4 S. 536 hervorgehoben, daß die L.R.A.Sätze 218 und 219 Vergleiche vor richterlicher Gantanſchreitung verbieten und das Verbot mit Strafe umzäunen. Dieſe Umſtände konnten in der Rechtsanwendung allerdings ſehr leicht zu Irrungen führen. Daß ſolche wirklich vorkamen, ſcheint der angeführte Aufſatz in Beauers und Zachariä's Jahrbuchern (von Brauer) S. 69 zu beſtätigen. Vergl. §. 1. In §. 6 deſſelben wird ausgeführt, daß die geſetzliche Beſchränkung der Vertragsfähigkeit des zahlungsunvermögend gewordenen Handelsmanns ſtets eine wirklich eingetretene Zahlungseinſtellung (§. 3) vorausſetze, und daß Erholungsverträge, Verträge zur Abwendung der Gant, vollkommen erlaubt ſeien, auch ſelbſt in der Art, daß mit den einzelnen Gläubigern verſchiedene Nachlaßbedingungen verabredet würden, ſofern nur alles offen und ehrlich dabei zugehe.

Hiemit ſtimmt die Ausführung in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, n. F. Band 6 S. 472 überein, und ebenſo auch die in Annalen Band 32 S. 241 von der Redaktion mitgetheilten Entſcheidung des Hofgerichts des Mittelrheinkreiſes, worin beſonders hervorgehoben wird, daß die Anwendung der Vorſchriften der H.R.-

Digitized by Google

Vergl. Broicher und Grimm, Handelsgesetzbuch der Rheinprovinz zu Art. 442, Note 10, a. b. c auch Art. 520, Note 6. 8. 10.

Brauer und Zachariä, Jahrbücher, S. 69 ff., insbesondere S. 73 S. 81. 82.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher, neue Folge Band 6 S. 467, auch

Annalen Bd. 32 S. 241.

Gesetzliche Bestimmungen, welche wesentlich den Schutz der Rechte der Gläubiger bezwecken, müssen naturgemäß da ihre Grenze finden, wo sie statt das wahre Interesse der Betheiligten zu fördern, ihnen nur zu einer unnöthigen, nicht zu rechtfertigenden Plage würden, und es muß denjenigen Gläubigern, die etwa durch solche außergerichtliche Vergleiche ihre Rechte für gefährdet erachten, geeigneten Falles die Anfechtung derselben überlassen bleiben.

Daß alle einzelnen Gläubiger sich in ganz gleicher Weise vergleichen und den gleichen Nachlaß unter gleichen Bedingungen bewilligen, ist nach Maaßgabe des Obigen nicht zu fordern, der Zweck der Abwendung der Gant würde bei strenger Festhaltung dieser hier nicht passenden Voraussetzung in vielen Fällen kaum erreicht werden können und eine bezügliche Prüfung und Controle würde auf außergerichtlichem Wege gar nicht wohl auszuführen sein.

Von diesen Grundsätzen ausgehend [3]), hält der Gerichtshof die angeführte Einredebehauptung, wenn sie in der angeführten Fassung erwiesen wird, für entscheidend, da hiebei ein gleichmäßiger Nachlaß von Seiten aller übrigen, oder auch nur der meisten Gläubiger weder als ausdrücklich, noch als stillschweigend bedungen angesehen werden kann. Eine gefährdevolle Handlungsweise auf Seiten des Beklagten bei Zustandebringung des fraglichen Vergleiches ist in keiner Beziehung nachgewiesen oder in Frage.

Hienach kommt es nicht darauf an, ob und in wie weit es feststeht, daß ein gleichmäßiger Nachlaßvergleich mit den anderen Gläubigern nicht abgeschlossen wurde, sondern nur darauf, ob die mehrerwähnte Einredebehauptung erwiesen oder erweislich ist.

Zur Führung dieses Beweises hat sich der Beklagte in erster Reihe auf das Zeugniß der Kaufleute Emil Kahn und Adam Röder dahier berufen, deren nachträgliche Abhör, als nach Art. 40 des Einführungsgesetzes zum H.G.B. zulässig und möglicher Weise erheblich, vom Gerichtshofe angeordnet wurde.

Das Ergebniß der bewirkten Zeugenabhör ist jedoch von keiner erheblichen Bedeutung, denn keiner von beiden Zeugen konnte bestätigen, daß in seiner Gegenwart der Kläger irgend eine bindende Zusage oder Erklärung über seine Zustimmung zum Vergleich abgab, und was der eine oder andere sonst über den Eindruck des Benehmens des Klägers bei der fraglichen Unterredung und seine Anschauung von der Sache bemerkte, ist nicht geeignet, eine sichere Beweisgrundlage zu Gunsten des Beklagten zu liefern.

Demnach ist die Entscheidung des Streites von dem fürsorglich zugeschobenen Haupteide abhängig zu machen. Der Vertreter des Beklagten beantragte schließlich, die beiden Vorgänge vom 19. März 1866 in der Fassung des Eides zu trennen, und beide dem Kläger auf den Eid zu geben, so daß auch schon die Eidesverweigerung bezüglich des einen Punktes die Sachfälligkeit des Klägers zur Folge hat; diesem begründeten Verlangen ist Statt zu geben. [4])

Sätze 218 ff. voraussetzt, daß dem factischen Zustande des Zahlungsunvermögens auch ein gerichtliches Einschreiten (die Ganteröffnung) gefolgt sei, da anderen Falls die Anwendung weder nach dem Gesetz, noch nach der Natur der Sache gerechtfertigt sei.

[3]) In der rechtlichen Auffassung des Falles herrschte volle Uebereinstimmung. In thatsächlicher Beziehung aber bekannte sich eine Minderheit auf Grund freier richterlicher Ueberzeugung gleichwohl zu der Anschauung, daß es nicht in der Absicht des Klägers lag, sich zu mehr, als zum Beitritt zu einem mit den Gläubigern etwa zu Stande kommenden Uebereinkommen, zu gleichem Nachlaß, wie die übrigen Gläubiger fest zu verpflichten, und daß ein unbedingter Verzicht auf die Mehrforderung von 60 pCt. (wofür ein genügender Grund auch in den Verhältnissen nicht gegeben war) im Zweifel und nach der bekannten Regel über Auslegung von Verzichten nicht anzunehmen sei (2 R S. 784. 1162. 1160.) Einen weiteren Anhaltspunkt für diese Auffassung erblickte die Minderheit in einer nachgeschobenen Erklärung des Beklagten selbst, woraus man schließen konnte, daß sich der Kläger damals nicht unbedingt und fest zum fraglichen Nachlaß verpflichtet hatte. Nach dieser thatsächlichen Auffassung wäre die angefochtene Entscheidung zu bestätigen gewesen.

[4]) Die Erklärung des Klägers bei dem ersten Erscheinen des Beklagten, und die etwa eine Stunde später erfolgte weitere Erklärung desselben wurde demnach jede besonders unter Ziff. 1, und beziehungsweise 2 in den urtheilsmäßigen Eid aufgenommen.

Zur Eidesleistung kam es übrigens nicht; die Sache wurde, wie es scheint, durch Vergleich außergerichtlich erledigt.

Digitized by Google

Die Kosten des Streites sind gemäß Pr.O. §. 169. 170, der Lage der Sache und der Billigkeit entsprechend, insgesammt dem endlich unterliegenden Theile zur Last zu legen. E. Brauer.

104.

Ist ein durch Telegramm verübter Betrug als Fälschung strafbar. — Ist das Telegramm eine öffentliche Urkunde?

Bei großh. Kreis- und Hofgericht Karlsruhe kam diese Frage in drei Fällen zur Entscheidung:

1) Bekanntlich besteht die postalische Einrichtung, daß Einzahlungen auf Telegramme am Bestimmungsort zur Auszahlung überwiesen werden. Albert Meier war im Jahr 1864 bei dem Telegraphenamt Karlsruhe angestellt, er kam mit zwei Kameraden Emil Hauger und Theodor Kies überein, sich durch unwahre Einzahlungstelegramme Geld zu verschaffen. Am 31. Juli telegraphirte er an das Telegraphenamt Heidelberg: „Heinrich Schneider sen. an Heinrich Schneider jun. einbezahlt hundert Gulden.". In Heidelberg erscheint Emil Hauger, legitimirt sich durch eine Visitenkarte als Heinrich Schneider jun., und erhält die hundert Gulden gegen Ausstellung einer mit dem Namen Heinrich Schneider unterzeichneten Quittung. Auf gleiche Weise wurden in Constanz, Offenburg, Mannheim Geldbeträge erschwindelt, als Adressat figurirte theils Hauger theils Kies. In Bruchsal war der Eisenbahnbeamte vorsichtig, auf seine briefliche Anfrage wurde der Betrug entdeckt.

Die großh. Raths- und Anklagekammer versetzte die Angeschuldigten wegen theils vollendeten, theils versuchten Betrugs in fortgesetzter That und den Albert Meier zugleich wegen Amtsmißbrauchs nach Ansicht der §. 450. 405 Ziff. 2. 3 in Anklagestand, und verwies sie vor die Strafkammer; es wurde in Uebereinstimmung mit dem Antrag großh. Staatsanwaltschaft angenommen, daß die Erdichtung von Telegrammen, beziehungsweise die Absendung von Einzahlungstelegrammen mit erdichtetem Inhalt an erdichtete Adressaten, und die der Auszahlung nachgefolgte Ausstellung falscher Quittungen nicht als Fertigung von falschen oder Fälschung von ächten Urkunden im Sinne des §. 423 oder 430 des Str.G.B. zu betrachten ist, weil es an dem nothwendigen Erforderniß einer Urschrift des Telegrammes als dem Object des Verbrechens der Fälschung fehlt. Die Strafkammer war nicht der Ansicht, daß die der Anklage zu Grunde liegenden Thatsachen eine andere als die in dem Verweisungsbeschluß bezeichnete strafbare Handlung darstelle, und verurtheilte die Angeklagten wegen Betrugs zu entsprechender Arbeitshausstrafe.

Vergl. meine Notiz in der Wochenschrift für die Rechtspflege und Verwaltung in Baden S. 29 und die Bemerkung von Puchelt S. 641.

2) Herrmann Baumbusch von Tiefenbronn, schon mehrmals wegen Fälschung und Diebstahls bestraft, kam im September 1866 häufig als Gast in das Wirthshaus zur Traube in Karlsruhe und gab sich bei dem Wirth Schäfer fälschlich als Meister der Benkiser'schen Fabrik in Pforzheim und Aufseher der Arbeiter der Hofwasserleitung aus, übernachtete auch einige Mal in dem Hause und wußte sich so, sowie durch regelmäßige Bezahlung seiner Zeche, das Vertrauen des Wirths zu erwerben. Am 23. Oktober kam er wieder zu Schäfer, fragte, ob nichts für ihn gekommen sei, und entfernte sich als Schäfer diese Frage verneinte. Am folgenden Tage begab sich der Angeklagte nach Durlach, und ließ dort auf dem Telegraphenbüreau unter dem Namen des Fabrikanten Benkiser eine Depesche an Schäfer expediren, durch welche dieser beauftragt wurde, drei Zimmer auf den 25. Oktober bereit zu halten, und seinem Geschäftsführer soviel Geld als er nöthig habe, vorzustrecken. Nachdem dieses Telegramm Nachmittags an Schäfer gelangt war, kam der Angeklagte Abends wieder in dessen Wirthschaft, und erklärte auf Mittheilung des Telegramms, daß er jetzt nichts mehr nöthig habe, und blieb dann in dem Gasthaus über Nacht.

Am andern Morgen aber sagte er zu Schäfer, sein Geld werde ihm doch nicht ganz ausreichen, und verlangte von ihm 50 fl., welche ihm auch ausgefolgt wurden. Er entfernte sich dann von Karlsruhe, und zog an verschiedenen Orten herum, bis er am 6. November verhaftet wurde; das erschwindelte Geld hatte er verbraucht.

Diese Thatsachen wurden durch das Geständniß des Angeklagten, das Zeugniß des Wirth Schäfer und des Postgehilfen Fecht in Durlach, sowie das Original des Telegramms und dessen Ausfertigung festgestellt.

Auch in diesem Falle lautete der Verweisungsbeschluß

Digitized by Google

der großh. Raths- und Anklagekammer auf Betrug, und ebenso das Urtheil der Strafkammer. Diese Erkenntnisse stimmten mit dem Antrage der großh. Staatsanwaltschaft überein, welche sich zur Begründung auf den Aufsatz in Goldammers Archiv für preußisches Strafrecht Bd. XI. S. 766–70 berufen hat. Diese Ansicht stützt sich darauf, daß das Gesetz zum Thatbestand der Fälschung den Gebrauch der Originalurkunde selbst unmittelbar dem zu Täuschenden gegenüber verlange; daß aber in dem Telegramm nur eine unbeglaubigte Abschrift und zwar nicht der Originalurkunde selbst, sondern nur der Entzifferung der am Ankunftsorte eingegangenen Zeichen vorliege. Der Adressat sei also außer Stande, die formale Richtigkeit der Originalurkunde und ihrer Unterschrift zu prüfen, er könne bei solcher Prüfung nicht getäuscht werden, vielmehr vertraut er lediglich in gutem Glauben der Zuverlässigkeit des jetzt hergebrachten Weges der Uebermittelung. Sein Erkenntnißvermögen werde also nicht durch eine Sache getäuscht, sondern durch seinen Glauben auf die Identität des vor dem Telegraphenamte erschienenen Absenders mit dem Unterzeichner der Urkunde, somit könne nur von einem gemeinen Betruge, nicht aber von einem qualifizirten, beziehungsweise einer Fälschung die Rede sein.

3) Dem Kübler Volkert von Pforzheim sollten am 15. September 1868 in Folge richterlicher Verfügung Kartoffeln auf dem Feld versteigert werden. Der betreibende Gläubiger wohnt in Eberbach, am 14. September erhielt der Gerichtsvollzieher einen mit dem Namen des Gläubigers unterzeichneten Brief, und am 15. unmittelbar vor der Steigerung ein in Heidelberg aufgegebenes Telegramm, wornach dem Schuldner Frist gegeben wird, und die Steigerung nicht abgehalten werden soll. Letztere unterblieb denn auch; Volkert, welcher sonst kein zugreifbares Vermögen besitzt, verwendete die Kartoffeln in eigenem Nutzen und der Gläubiger hatte das Nachsehen. Es stellte sich nämlich heraus, daß dieser keine Frist gegeben hatte, vielmehr der Brief und das Original des von einer nicht ermittelten Person aufgegebenen Telegramms von Volkert selbst geschrieben war. Die Anklage, durch ein anderes Mitglied der großh. Staatsanwaltschaft vertreten, als im Falle 1 und 2, ging auch bezüglich des Telegrammes auf Fälschung einer Privaturkunde; der Verweisungsbeschluß und das Urtheil der Strafkammer entsprach diesem Antrage; es wurden die in Annalen Band 30 S. 74 mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe anerkannt. Hierzu ist die dort erwähnte Ausführung des Oberappellationsgerichtes zu Dresden vom 27. Oktober 1862 einzuschalten, welche lautet:

> „Wer den Telegraphen als Correspondenzmittel gebraucht, und demzufolge eine von ihm geschriebene und vollzogene Depesche bei einer Telegraphenanstalt aufgibt, thut dieses in der Absicht, daß ein völlig gleichlautendes Telegramm an den Adressaten gelange, und Letzterer dasselbe, obschon es eine eigenhändige Zuschrift des Absenders nicht ist, doch ebenso wie eine solche betrachte."

In Verfolgung dieser Absicht ertheilt der Absender durch die Uebergabe der Depesche der Telegraphenanstalt den Auftrag, die in der Depesche enthaltenen Schriftzeichen und also auch die Unterschrift völlig gleichlautend auf telegraphischem Wege an den Adressaten zu befördern, und wenn dies sodann geschieht, so handelt die Telegraphenanstalt lediglich als das, von dem Absender zu Ausführung seines Willens gebrauchte Organ. Demzufolge steht das an den Empfänger gelangende Telegramm völlig gleich einem Briefe, welchen der Absender in seinem Namen durch einen Beauftragten hat schreiben lassen. Daraus ergibt sich aber ohne Weiteres, daß das an der Ankunftsstation ausgefertigte Telegramm, wenn es gleich, wie in der Natur der Sache liegt, die Originalunterschrift des Absenders nicht enthält, doch als eine Urkunde angesehen werden muß. Da somit bei den von dem Angeklagten mittelst telegraphischer Depeschen ausgeführten Betrügereien die Täuschung durch Gebrauch unechter Urkunden verübt worden ist, müssen diese Betrügereien für qualificirt gelten, und ist nur noch zu bemerken, daß dies selbst dann anzunehmen sein würde, wenn der Angeklagte die Depesche dem Telegraphenbüreau nicht schriftlich überliefert, letzterem vielmehr den Inhalt der Depesche und den darunter zu setzenden Namen nur mündlich angegeben hätte.

Hieraus zieht Schwarze den Rechtssatz:

> „Die unter dem Namen eines Dritten erfolgte unbefugte Aufgabe eines Telegrammes ist der Fälschung einer Urkunde gleich zu achten, und die von der Telegraphenstation des Wohnortes des Adressaten bemerkte Unterschrift des Namens des Dritten in der Reinschrift der Depesche als im

Digitized by Google

Auftrage des Absenders (und also von diesem zu vertreten), bewirkt anzusehen."

4) Sofern Jemand die Ausfertigung eines richtig aufgegebenen Telegramms verfälscht, oder aber eine falsche Ausfertigung mit Nachahmung der Unterschrift des Telegraphenbeamten verfertigt, und hievon Gebrauch macht, liegt zweifelsohne das Verbrechen der Fälschung vor, denn die Täuschung wird durch die Originalurkunde bewirkt; in einem solchen, von der unter dem Namen eines Dritten erfolgten unbefugten Aufgabe eines Telegramms wesentlich verschiedenen Falle, könnte man nur fragen, ob das Telegramm nicht als öffentliche Urkunde anzusehen ist.

Der Cassationshof in Paris hat diese Frage durch Urtheil vom 6. Juli 1867 in Uebereinstimmung mit dem Assisenhof zu Alger bejaht. Sirey 1868 I. 93, es heißt dort:

— — „Attendu que la première question soumise à l'appréciation de la cour d'assises, et resolue par elle affirmativement, à la majorité, était ainsi conçue: L'accusé Gorraz est-il coupable d'avoir en mai 1865 à Alger, frauduleusement fabrique une fausse dépêche télégraphique, revêtue des fausses signatures de l'employé délégué par le chef de station, nom illisible, et d'un autre employé désigné sous le nom de Bonnard, la dite dépêche prétendue adressée d'Oran, le 20. mai 1865 par le sieur Arnaud à madame Arnaud, et ayant pour objet de faire remettre par celle-ci une somme de 2000 francs à un sieur Devillé; — Attendu que les faits ainsi qualifiés constituent la fabrication frauduleuse d'un acte et de la signature de fonctionnaires publics, spécialement autorisés par la loi à certifier la transmission et l'arrivée des dépêches telegraphiques et à donner à ces dépêches un caractère certain d'authenticité; que dés lors en déclarant, que ces faits contenaient les éléments d'un faux en écriture publique et en faisant à l'accusé reconnu coupable de ce faux et d'usage de la pièce fausse fait sciemment, application des art. 147 et 148 C. pén., la cour d'assises n'a violé aucun texte de loi et n'a pu encourir la censure de la cour de cassation. — Rejette la cour etc."

Mittermaier führt in dem Archiv für civilist. Praxis Band 42 S. 278 aus, daß das Telegraphenamt keine zur Beurkundung von Verhandlungen, Erklärungen oder Thatsachen bestellte Behörde ist, da es, ohne die Identität des Aufgebers der Depesche zu konstatiren, nur die Pflicht hat, eine Abschrift der Depesche auf mechanischem Wege zu befördern, oder vielmehr an dem Ankunftsorte zu reproduziren und in dieser Gestalt dem Empfänger einzuhändigen. Das Alles ist keine Beurkundung eines Aktes, nur das allein beurkundet das Telegraphenamt mit öffentlichem Glauben durch Eintragung in seine Bücher, daß die sich so nennende Person die beigefügte Orginalurkunde aufgegeben habe, und daß sie telegraphisch befördert sei.

Goldammer, Band XI. S. 768.

Somit kann in Ermanglung anderer Gesetzesvorschrift die Fälschung eines Telegrammes nur als Fälschung einer Privaturkunde strafbar sein.

5) Unser Strafgesetzbuch vom 6. März 1845 enthält über alle diese Fragen keinerlei direkte Bestimmung, denn in Baden wurden bekanntlich die Telegraphenanstalten erst durch Verordnung vom 6. Oktober 1851 der öffentlichen Benützung übergeben. Ich zweifle nicht, daß bei einer Redaktion des Gesetzes der Gesetzgeber auch die unbefugte Aufgabe eines Telegrammes in betrügerischer Absicht als qualificirten Betrug, beziehungsweise als Fälschung strafen wird, denn das wesentlichste Moment der Fälschung, daß nämlich das Mittel der Täuschung in einer Sache besteht, welcher durch Nachahmung oder Veränderung der Schein einer ächten gegeben wird, ist auch hier vorhanden; der Adressat wird durch das Telegramm, und nicht durch Worte oder Handlungen getäuscht. Ferner ist der Grund der größeren Gefährlichkeit, und also der größeren Strafbarkeit in vollem Maaße vorhanden, da namentlich im regen Geschäftsverkehr der Empfänger einer Depesche nicht immer in der Lage ist, sich von der Aechtheit zu überzeugen. Es wird deßhalb schon aus diesem Grunde ein höheres Strafmaaß als bei dem gemeinen Betrug geboten erscheinen. v. Blittersdorff.

Digitized by Google

105.

Eideszuſchiebung.

Ueber die Zuläſſigkeit der Eideszuſchiebung, wenn der Beklagte gegen die von ihm ausgeſtellte, vollbeweiſende Urkunde über ein erhaltenes Darleihen geltend macht, daß er das fragliche Kapital gar nicht erhalten, und der Kläger ſich die Schuldurkunde wider den Willen des Beklagten angeeignet habe.

Dieſe allerdings zweifelhafte Frage wurde In Sachen Bernhard Bluſt gegen Ferdinand Wigert verſchieden beantwortet, indem das Kreisgericht Baden mit Urtheil vom 18 Juni 1867 den Eid, als gegen den Inhalt der vollbeweiſenden Urkunde gerichtet, verwarf, der Appellationsſenat Offenburg aber (wohl richtiger!) mit Urtheil vom 5. November 1867 den Eid zuließ, was den praktiſchen Erfolg hatte, daß Kläger im Vergleichswege ſich mit 5 Gulden — ſtatt der eingeklagten 300 Gulden nebſt Zins! — begnügte und alle Koſten beider Inſtanzen übernahm.

Erſtinſtanzliche Entſcheidungsgründe.

Der Beklagte hat den von ihm zu liefernden Beweis lediglich durch Eideszuſchiebung an den Kläger angetreten, der Gerichtshof hielt denſelben jedoch, als im Weſentlichen gegen den Inhalt einer vollbeweiſenden Urkunde gerichtet, für unzuläſſig. L.R.S. 1360a und §. 526 der Pr.O. Dasjenige, auf was bei der Einrede des Beklagten es hauptſächlich ankommt, iſt die Behauptung, daß Kläger dem Beklagten das Geld nicht ausbezahlt habe, für welches der Letztere den Schuldſchein vom 21. März 1864 ausgeſtellt hat (nach gemeinem Recht exceptio non numeratae pecuniae, welche zwei Jahre nach Ausſtellung des Schuldſcheins nicht mehr zuläſſig war. Buchta, Pandekten §. 305). Der Beklagte hat aber die Auszahlung des Geldes an ihn in dem von ihm geſchriebenen Schuldſchein mit den Worten anerkannt: „Ich Unterzeichneter bekenne, ꝛc ein Kapital von 300 fl. heute baar richtig vorgeliehen zu haben.“ In dieſer Richtung iſt daher eine Eideszuſchiebung als gegen die vollbeweiſende Schuldurkunde vom 21. März 1864 unzuläſſig, liegt aber kein Beweis für die Behauptung, der Kläger habe das Geld nicht ausbezahlt, vor, ſo erſcheint der Umſtand, daß der Letztere die Schuldurkunde ſich ohne Wiſſen und Willen des Beklagten angeeignet habe, unerheblich, da im Falle der Auszahlung des Geldes die Schuldurkunde Eigenthum des Klägers geworden, er daher zu deren Aneignung berechtigt war.

Nach dem Obigen erſcheint der Beklagte beweisfällig und mußte demgemäß nach dem Klagbegehren Urtheil erlaſſen werden.

Aus dieſen Gründen, mit Bezug auf die Entſcheidungsgründe zu dem Beweiserkenntniſſe vom 16. April l. J. und nach Anſicht des §. 170 der Pr.O. wegen der Koſten wurde, wie geſchehen, erkannt.

Zweitinſtanzliche Entſcheidungsgründe.

Zum Beweiſe der gegen die Beweiskraft des Schuldſcheins vorgebrachten Einrede hat ſich der Beklagte der Eideszuſchiebung bedient. Der Beklagte beſchwert ſich nun, daß dieſer Eid in erſter Inſtanz als unzuläſſig verworfen wurde und mit Recht. Denn dieſer Eid iſt nicht gegen den Inhalt einer vollbeweiſenden Urkunde gerichtet, er hat nicht die Hingabe des Darlehens zum Gegenſtand, ſondern die Behauptung der Beklagten, daß ſich Kläger ohne ſein Wiſſen und ſeinen Willen den Schuldſchein angeeignet habe. Es ſoll durch den Eid nur hergeſtellt werden, ob die Urkunde Beweiskraft hat, oder nicht. Denn mit der Fertigung der Urkunde allein erhält dieſelbe noch keine Beweiskraft, es muß weiter hinzukommen, daß ſie in rechtmäßiger Weiſe aus der Hand des Beklagten in die des Klägers gelangte. Wird dies durch die Ausſchwörung des Eides Seitens des Klägers hergeſtellt, ſo iſt durch dieſe Urkunde das Darlehen erwieſen, verweigert dagegen Kläger den Eid, ſo iſt die Urkunde ohne Beweiskraft und der Kläger muß mit ſeiner Klage, da er ſich anderer Beweismittel nicht bediente, abgewieſen werden.

Aus dieſen Gründen wurde das Urtheil erſter Inſtanz wie geſchehen, abgeändert. Dr. Buchelt.

106.

Wie weit gilt das römiſche Recht in dem Großherzogthum Baden?

Nach dem badiſchen Landrecht Art. 6b gilt das gemeine Recht, worunter das römiſche Recht begriffen iſt, nicht mehr als Geſetz; es kann aber nach Art. 4b in vergleichende Rückſicht genommen werden, um zu ermeſſen,

Digitized by Google

was nach andern Gesetzgebungen als natürliche Rechtsfolge gewisser Verhältnisse angesehen wird, keineswegs aber, um gesetzliche Entscheidungsgründe daraus zu schöpfen. Das erste Einführungsedikt Art. 17 stimmt damit vollständig überein, indem dort das römische und kanonische Recht für bürgerliche Rechtssachen für aufgehoben, und nur noch jener Gebrauch für stattfindend erklärt wird, welchen die angeführten Stellen des Landrechts gestatten.

Dagegen scheint das zweite Einführungsedikt in Art. 3 eine Unterscheidung bezüglich der Anwendung des römischen Rechts aufzustellen. Da wo das bürgerliche Gesetzbuch, sei es durch ausdrücklichen Ausspruch, durch den Grund und Geist seiner Gesetze oder durch logische Analogie entscheidet, gilt allein dieses Gesetzbuch, — in allen diesen Fällen ist die subsidiarische Kraft des römischen Rechts aufgehoben, — wo es aber an diesen Entscheidungsquellen fehlt, soll die subsidiarische Kraft des römischen Rechts bestehen bleiben. Dadurch sind offenbar die Bestimmungen des Landrechts modificirt. Jene sagen: das römische Recht ist überhaupt nicht mehr als höchstens wissenschaftliche Autorität; hier dagegen wird bestimmt, es soll noch in denjenigen Fällen, in welchen das neue Gesetzbuch weder direkt noch analog entscheidet, als Rechtsquelle gelten. Es ist dies eine wirkliche Antinomie, d. h. es liegen einander widersprechende Vorschriften vor, weßhalb die Frage entsteht, welche derselben maaßgebend ist? Es dürfte gerechtfertigt sein, den Vorschriften des zweiten Einführungsedicts den Vorzug zu geben, weil in Art. 1 desselben ausdrücklich gesagt wird, daß die als Landrecht verkündete officielle Uebersetzung des französischen Gesetzbuchs unter den hiernachfolgenden Bestimmungen als allgemein verbindlich gilt. Man könnte vielleicht einwenden, Art 3 cit wolle keine Modification des Landrechts festsetzen, indem dort vielmehr das Fortbestehen des römischen Rechts als selbstverständlich erklärt werde, was aber ein Irrthum sei, indem durch Art. 6b in Verbindung mit Art. 4b des Landrechts das römische Recht überhaupt nicht mehr als Gesetz gelten soll, was noch durch Art. 17 des ersten Einführungsedicts bestätigt werde, indem dort bestimmt sei, das römische und kanonische Recht solle durchaus nicht weiter zur Grundlage von gerichtlichen Verhandlungen dienen; das Gewicht dieser Einwendung kann nicht verkannt werden. Es ist keineswegs selbstverständlich, daß das römische Recht fernerhin als subsidiarisches Recht gelten kann, nachdem es überhaupt aufgehoben, und gewissermaaßen untersagt ist, sich darauf zu berufen oder dasselbe als Entscheidungsquelle zu benutzen, v. Art. 4b in fine.

Gleichwohl wird der Wille des Gesetzgebers, auch da, wo er von irrigen Voraussetzungen ausgeht, maaßgebend für die Rechtsanwendung sein.

Demnach würde das römische Recht nur noch soweit zu berücksichtigen sein, als 1) weder das bürgerliche Gesetzbuch noch andere spätere Gesetze eine ausdrückliche Bestimmung enthalten, 2) weder Grund noch Geist dieser Gesetze, 3) nicht einmal die Analogie eine Richtschnur an die Hand gibt.

In diesen Fällen kann aber das römische Recht mit dem Herkommen, d. h. mit dem Gewohnheitsrecht collidiren, und daher die weitere Frage entstehen, wem der Vorzug gebühre? Dem Herkommen ist bekanntlich in Art. 6d nur eine sehr beschränkte Anwendung eingeräumt; Art. 17 des ersten Einführungsedikts hebt alle Rechtsgewohnheiten auf und gestattet nur jenen Gebrauch derselben, welcher in Art. 6d des Landrechts bezeichnet ist. Dagegen hebt Art. 3 des zweiten Einführungsedikts das Gewohnheitsrecht überhaupt auf. Wir dürfen aber gleichwohl nach der Regel, daß durch ein allgemeines Gesetz Spezial-Bestimmungen nicht getroffen werden, das Gewohnheitsrecht (das Herkommen) noch insoweit als fortbestehend erachten, als in den Gesetzen speciell auf dasselbe hingewiesen wird, wie z. B. in Art. 6d geschieht, wenn der Umfang oder Gebrauch eines Rechts in Frage steht, über welche weder Gesetze noch Verträge Maaß geben; ebenso in Art. 1135, insoweit es sich um Vertragsverbindlichkeiten handelt, ferner in Art. 1648 bezüglich der Zeit, binnen welcher die Klage auf Zurücknahme einer gekauften Waare wegen Fehlern (actio redhibitoria) angestellt werden soll. Auch an andern Stellen des Landrechts, wie z. B. in Art. 663. 674. 710c a wird auf den Ortsgebrauch und das Herkommen verwiesen. In allen diesen Fällen geht dieses dem römischen Rechte vor, weil wie oben ausgeführt, das römische Recht nur da anwendbar ist, wo das neue Gesetzbuch weder ausdrücklich noch analog entscheidet. Das allgemeine Handelsgesetzbuch geht bekanntlich bezüglich der Handelsgebräuche noch viel weiter, indem es diesen den Vorzug vor dem bürgerlichen Recht gibt; um so weniger

Digitized by Google

wird das römiſche Recht im Fall einer Colliſion mit dieſen Gebräuchen zur Anwendung kommen können.

Im Ganzen ergibt ſich hieraus, daß die praktiſche Geltung des römiſchen Rechts auf ein ſehr beſcheidenes Maaß beſchränkt iſt, was uns aber nicht wird abhalten dürfen, uns mit dem Studium deſſelben zu beſchäftigen, da ſein wiſſenſchaftlicher Werth wohl unbeſtreitbar feſtſteht.

Es bewährt ſich heute, was ſchon Leibnitz gewollt, im Geiſte vorausgeſehen hat, ut corpus veterum legum apud nos habeat vim non legis sed rationis et velut magni doctoris. Dr. Ladenburg.

107.

Diebſtahl oder Unterſchlagung?

Der Gehilfe in einem Handlungshauſe hatte Waaren verkauft, den Erlös aber nicht in die Kaſſe gelegt, ſondern für ſich behalten.

Er wurde wegen Diebſtahls verurtheilt; obgleich er nicht recurrirte, wurde die Frage beſprochen, ob nicht vielmehr Unterſchlagung vorliege?

Letzteres hatte in einem ähnlichen Falle das großh. Oberhofgericht (Puchelt S. 500), Diebſtahl dagegen das preußiſche Obertribunal (Goltdammer, Archiv Bd. 15 S. 143/144) angenommen.

Dieſe Entſcheidung beruht darauf, daß der Gehilfe als Stellvertreter ſeines Prinzipals für dieſen den Beſitz erworben habe, ſobald Jenem in der Abſicht tradirt ſei, dieſen zu übertragen.

Vergl. v. Savigny, R. des Beſitzes S. 26. 210. 216. 223. 226 ff.

Hiegegen erheben ſich verſchiedene Bedenken: Zunächſt ließe ſich im Hinblick auf das in Savigny §. 26 angeführte Reſcript von Sever (l. 1 cod. 7. 32) noch näher unterſuchen, ob der Beſitz **vollſtändig** erworben ſei, obgleich es dort noch heißt;

> et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse.

Ein weiterer Zweifel, den Savigny auch anregt, ergibt ſich mit Bezug auf l. 41 §. 1 D. 41. 2 dahin, ob ein **allgemeiner** Auftrag zu ſolchem Beſitzerwerbe genüge.

Endlich kann nach L.R.S. 2228. 2279 keineswegs als ſelbſtverſtändlich angenommen werden, daß dieſe Lehre des römiſchen Rechts unbedingt auch für das unſrige gelte.

Alle dieſe Zweifel ſeien jedoch nur angedeutet, weil — auch die Sätze Savignys als richtig und ihre Anwendbarkeit für das franzöſiſche Recht als unbezweifelt angenommen, ſie in keiner Weiſe dazu dienen können, die Frage, ob Diebſtahl oder Unterſchlagung, zu entſcheiden.

Es wird nämlich nicht beſtritten werden, daß unter der „Inhabung;" von welcher §. 376 des Str.G.B. ſpricht, nur die faktiſche Detention (possessio naturalis), nicht der juriſtiſche Beſitz verſtanden werden muß, — daß ferner jene Stellen des römiſchen Rechts nur vom Erwerbe des juriſtiſchen Beſitzes (der possessio) handeln.

Nicht minder wird man zugeben, daß Jemand ebenſogut Detention ohne juriſtiſchen Beſitz wie dieſen ohne jene haben kann, — wie z. B. der Pächter, Miether, Entleiher in der Inhabung, der Verpächter u. ſ. w. im juriſtiſchen Beſitze ſind.

Sind alle dieſe Sätze richtig, ſo folgt daraus, daß mit Entſcheidungen darüber, wer der juriſtiſche Beſitzer einer Sache ſei, dafür, ob Unterſchlagung oder Diebſtahl vorliege, gar nichts gewonnen iſt, daß vielmehr immer noch die Prüfung der rein **thatſächlichen** Frage übrig bleibt, wer zur Zeit des verübten Verbrechens die Inhabung hatte?

So einfach dieſe Schlußfolgerung ſcheinen mag, ſo oft wird gegen ſie gefehlt. — So hat z. B. Eſcher den bekannten Fall, wo der Bewohner eines fremden Hauſes ſich Oefen, Thüren u. ſ. w. angeeignet hat, als Diebſtahl beurtheilt, weil der Beſitzer des Ganzen dieſes, nicht aber auch die Theile beſitze.

Dieſer Grund muß aber für nicht zutreffend erachtet werden, ſobald man ſich klar macht, daß die l. 43 D. 41 3 nur vom juriſtiſchen Beſitze handelt.

Wenn daher der Eingangs aufgeſtellte Fall nach Str.G.B. §. 376 beurtheilt werden ſoll, ſo nützen die vom Obertribunal angeführten Gründe gar nichts, es bleibt immer noch das rein natürliche Verhältniß der Inhabung zu unterſuchen.

Ehe hierauf eingegangen wird, muß aber jetzt ſchon die weitere Bemerkung gemacht werden, daß es zur Feſtſtellung des Thatbeſtandes, — ob Diebſtahl oder Unterſchlagung — nie genügt, lediglich vom §. 376 auszugehen, ſondern daß man dadurch gleichſam die Rechnungsprobe für ein gefundenes Reſultat zu machen hat, daß man auch den §. 400 herbeizieht.

Digitized by Google

Wenn nun Inhabung die faktische Herrschaft über die Sache, die natürliche Möglichkeit ist, über sie zu verfügen; so liegt solches bei dem Handlungsgehilfen vor; er hatte (ohne daß der Prinzipal um diesen einzelnen Erwerb wußte) das Geld in seiner Hand, er konnte damit anfangen, was er wollte; er hat seine Herrschaft darüber auch dadurch bekundet, daß er das Geld in seine Tasche, anstatt in die Ladenkasse wandern ließ.

Dieser Ansicht hat man die Entscheidung derjenigen Fälle entgegengestellt, welche in Puchelt S. 500 b. c. d erwähnt sind — wonach angenommen wurde, daß der Besitz fortdauere, wenn gleich die Sache einem Arbeiter in der Wohnung, einem Gaste im Wirthshause u. s. w. überlassen sei. —

So richtig diese Entscheidungen sind, ebenso unrichtig ist es, sie analog auf unseren Fall anzuwenden.

Einmal kann in allen diesen Fällen nicht angenommen werden, daß der Arbeitsgeber, Gastwirth u. s. w. ihre Verfügungsgewalt über die Sache deßhalb und dadurch aufgegeben haben, weil sie solche nicht etwa der andern Person überließen, sondern weil sie diese andere Person zu ihrer Sache genommen. Das Verhältniß liegt nämlich so, daß der Eigenthümer die Sache bei sich, in seinem Gewahrsam behalten und nur einem Anderen den Zutritt zu ihr, die Bearbeitung, den Gebrauch gestattet haben.

Sodann kommt noch in Betracht, daß diese Personen bisher die Gewahrsam gehabt haben, es sich also darum handelt, ob sie zu Gunsten des Arbeiters, Gastes solche aufgegeben haben, während in unserem Falle es sich fragt, ob der Prinzipal die Detention erworben habe.

Liegt dort kein Grund vor, der für die Absicht spricht sich der Verfügungsgewalt zu begeben, so kann hier schon deßhalb nicht angenommen werden, daß die Verfügungsgewalt erworben worden sei, weil ja der Prinzipal von dem fraglichen Verkaufe, beziehungsweise Erlöse noch gar keine Kenntniß hatte.

Es erübrigt noch, die angedeutete Probe zu machen.

Zur Unterschlagung gehört, daß dem Thäter die fremde bewegliche Sache durch ein Rechtsgeschäft anvertraut oder übergeben worden ist.

Fragen wir nun, welche Vertragsklage hat der Arbeitgeber gegen den Schuster, den er in seinem Hause das Leder verarbeiten läßt, wenn dieser sich von solchem aneignet?

Antwort: keine; es liegt keine Leihe, keine Hinterlegung, sondern nur ein Werkverding vor, der Schuster hat sich verpflichtet, aus dem in dem Gewahrsam des Eigenthümers verbliebenen Leder Schuhe zu fertigen.

Ganz ähnlich wird es sich beim Gastwirthe verhalten; er hat (stillschweigend) mit dem Fremdlinge einen Miethvertrag abgeschlossen, ihn zu seinem Bette und zu seinen Möbeln gelassen, aber nicht entfernt daran gedacht, ihm solche kraft eines weitern Vertrags anzuvertrauen. —

Ganz anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle.—

Der Handlungsgehilfe ist (H.G.B. Art. 50) zu Empfangnahme bevollmächtigt.

Der Käufer, welcher an ihn bezahlt, ist von seiner Verbindlichkeit befreit und dem Principale steht (L.R.S. 1993) die Klage auf Herausgabe desjenigen zu, was derselbe kraft seines Auftrages empfangen hat. —

Es liegt hier ein die Verbindlichkeit zur Ablieferung begründendes Rechtsgeschäft vor und wer mit der in §. 400 erwähnten Absicht sich dieser Verpflichtung entzieht, hat sich der Unterschlagung, aber nicht des Diebstahls schuldig gemacht. —

Hiemit glaube ich dargethan zu haben, daß die Entscheidung des großh. Oberhofgerichts richtig, die des preuß. Obertribunals aber eine unrichtige Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze über Erwerb des juristischen Besitzes ist.

Dreyer.

103.

Auslegung einer testamentarischen Verfügung.

L.R.S 1100 d. c und d. d.

Entscheidungsgründe

zu dem rechtskräftig gewordenen Urtheile des großh. Kreisgerichts Baden vom 10 November 1868, No. 4303, J. S. der von Stulz'schen Waisenanstalt Lichtenthal gegen J. Zeller's Erben, Ausfolgung eines Vermächtnisses betr.

Es ist unter den Partien unbestritten, daß der am 4. September 1867 verstorbene J. Zeller von Baden unterm 19. Dezember 1866 ein Testament errichtet hat, inhaltlich dessen unter Anderem aus seinem Nachlasse zum Voraus erhalten sollen:

Digitized by Google

„das katholische Waisenhaus in Baden 500 fl., mit Worten fünfhundert Gulden, Alles in besitzgesicherten Kapitalien anzuweisen; —

daß die Beklagten als Universalerben die Erbschaft angetreten und den Vollzug des Testaments genehmigt haben, jedoch die Zahlung dieses Vermächtnisses mit 500 fl. an die klagende Anstalt verweigern."

Es ist ferner beiderseits anerkannt, daß ein katholisches Waisenhaus in Baden nicht existirt.

Die klagende Anstalt begehrt nun die Auszahlung dieses Vermächtnisses mit 500 fl.:

1) weil die Kasse und Verwaltung der klagenden Anstalt in Baden sich befinde;
2) weil im Volksmunde die Waisenanstalt Lichtenthal allgemein das Badener Waisenhaus genannt wird, wie denn auch Lichtenthal zum Bezirksamte Baden gehöre und die Gemarkungen, sowie Hofraithen von Baden und Lichtenthal an einander stoßen;
3) weil der Erblasser im Jahre 1866 seinen näheren Bekannten sagte, daß er dem Waisenhaus Lichtenthal etwas vermachen wolle;
4) weil auch der Gemeinderath von Baden das Vermächtniß auf die nämliche Weise interpretire und weil der Erblasser, obwohl er nur eine sehr dürftige Schulbildung genossen, doch ein verständiger Mann war und man daher annehmen müsse, daß er keinen Scherz treiben, sondern einer existirenden, der Stadt Baden am nächsten stehenden Waisenanstalt eine Summe vermachen wolle.

Es konnte jedoch dem Klagbegehren nicht entsprochen werden. Wenn nämlich die klagende Anstalt fragliches Vermächtniß für sich in Anspruch nehmen will, so ist vor Allem so viel klar, daß sie solches nur durch Identificirung ihrer (fingirten) Person mit dem im Vermächtniß genannten katholischen Waisenhaus, beziehungsweise durch den Nachweis zu erwirken vermag, daß beide, nämlich die Klägerin und das katholische Waisenhaus in Baden, eine und dieselbe Person ist.

Dieser Nachweis ist der klagenden Anstalt aber nicht gelungen.

Mit Bekanntmachung des großh. Ministeriums des Innern vom 2. September 1834, Reggsbl. No. 38, wurde nämlich aus den Mitteln des Georg Stultz von Kippenheim, damals in Hyères eine Waisenanstalt unter der Benennung „Stultzische Waisenanstalt" mit allen einer selbstständigen (juristischen) Person zukommenden Rechten errichtet, in der arme Waisen unentgeltlich Aufnahme finden und durch Unterricht und Pflege in den Stand gesetzt werden sollen, ihren Lebensunterhalt auf ehrbare Weise zu erwerben. Religion und Geschlecht macht für die Aufnahme keinen Unterschied. Als Ort für Realisirung der Zwecke der Anstalt wurde das sogenannte Amtshaus im Klosterhof in Lichtenthal gewählt. In allen officiellen Bekanntmachungen (vergl. Reggsbl. 1835 S. 8. 294, 1839 S. 286, 1840 S. 36 1845 S. 212, Vollz.Verord. z. Verwaltungsgesetz, Rggsbl. 1864 No. 31 §. 8 Ziff. 11) führt die Anstalt den Namen „Stultzische Waisenanstalt in Lichtenthal." Sie untersteht nach der jetzt geltenden Organisation der Beaufsichtigung und oberen Leitung des großh. Verwaltungshofes und die Mitglieder des Verwaltungsrathes werden nicht mit Rücksicht auf den Ort, sondern auf ihre persönlichen Eigenschaften und örtliche oder anderweite Zweckmäßigkeitsgründe aus Einwohnern der Orte Baden und Lichtenthal ernannt. (Reggsbl. 1835 S. 8.)

Beklagterseits ist daher mit Recht geltend gemacht, daß der persönliche Wohnsitz der Mitglieder des derzeitigen Verwaltungsraths und Rechners in Baden keinen Ausschlag geben kann.

Aus allem diesem folgt aber, daß die klagende Anstalt weder katholisch noch in Baden ist, daß daher Name und Wohnort, diese zwei wesentlichen Merkmale zur Bezeichnung einer bestimmten Persönlichkeit, durchaus gegen die, klagenderseits geltend gemachte Identität sprechen.

Aus dem Testament selbst kann daher die klagende Anstalt ihre Berechtigung nicht ableiten. —

Wollte man aber mit dem klägerischen Vertreter so argumentiren: der Erblasser habe sich bei fraglicher Verfügung der im Volksmunde gangbaren Bezeichnung der Klägerin bedient und wollte man dieses nach Maaßgabe der zu dessen Begründung in der Klage angeführten Umstände auch als erwiesen annehmen, so stünde dem darauf gegründeten klägerischen Anspruche immerhin entgegen, daß in solchem Falle diese Absicht nicht, wie hätte geschehen sollen, im Testamente selbst unter den bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschriebenen Formen ausgesprochen ist, sondern daß sie aus den außerhalb der Testamentsurkunde liegenden Beweisgründen geschöpft würde, eine Auslegung, welche nach L.R.S. 1100d.c

Digitized by Google

ausdrücklich für unstatthaft erklärt ist (ex propriis verbis testamenti — non extrinsecus).

Brauer II. S. 538/40.

Demolombe, Brux. IX. 607 ff. S. 204.

Erwägt man endlich noch, daß nach L.R.S. 1100d d im Zweifel für den Erben und gegen den Legatar zu interpretiren, und daß, wie oben angedeutet, die klagende Anstalt auch keineswegs Eigenthum oder Pertinenz der Stad Baden ist, so rechtfertigt sich, wie geschehen, die Abweisung der Klage und gemäß §. 169/70 der Pr.O. die Verurtheilung zur Kostentragung. Pfeifer.

109.

Ueber Gerichtszuständigkeit bei fortgesetzten Verbrechen.

Vergl. Annalen XXXV. S. 113.

Joseph Schmidt von Schachen ließ sich im Monat April 1868 verschiedene Diebstähle im Betrag von weniger als 25 fl. im Bezirke des Amtsgerichts Säckingen zu Schulden kommen, weßhalb er von diesem in Anschuldigungsstand versetzt wurde. Schmidt entzog sich jedoch der Untersuchung durch die Flucht und erst gegen Ende des Jahres 1868 wurde bekannt, daß er in dem Kreisgefängnisse zu Mannheim sich befinde. Er hatte nämlich inzwischen am 21. Mai 1868 in Freiburg einen durch Einbrechung erschwerten gemeinen Diebstahl verübt, weßwegen er durch Urtheil der dortigen Strafkammer vom 20. Juni zu 6 monatlicher Kreisgefängnißstrafe verurtheilt wurde. Eine Rücksicht auf die bereits in Säckingen anhängige Untersuchung wurde deßhalb nicht genommen, weil den Freiburger Gerichten das Sachverhältniß unbekannt blieb. Nachdem nun auch die früher eingeleitete Untersuchung von dem Amtsgerichte Säckingen geschlossen war, wurde bei der Raths- und Anklagekammer in Constanz der Antrag auf Verweisung des Schmidt wegen fortgesetzten Diebstahls vor die dortige Strafkammer — Abtheilung Waldshut — gestellt. Die Staatsanwaltschaft ging hierbei von der Ansicht aus, daß zwar das Amtsgericht Säckingen auch wegen des in Freiburg verübten Diebstahls gemäß §. 16 der Str.P.O. zur Untersuchung zuständig gewesen wäre, daß aber, nachdem dieser Fall schon seine Erledigung gefunden, hiervon keine Rede mehr sein könne; daß ebenso umgekehrt das Amts-, beziehungsweise Kreisgericht Freiburg bezüglich der schon vorher in Säckingen verübte Vergehen nicht mehr zuständig erscheine, weil seine durch den einzelnen Fall begründete Zuständigkeit durch das erlassene Urtheil schon ihr Ende gefunden hatte. (§. 16 a. E.) Von der Raths- und Anklagekammer in Konstanz wurde jedoch nach §. 205 Ziff. 1 der Str P.O. entschieden, daß das Amtsgericht Säckingen und die Raths- und Anklagekammer, sowie die Strafkammer in Konstanz zur Erledigung nicht zuständig seien. Eine Beschwerde gegen diesen Ausspruch konnte aus besondern, in der Organisation der Staatsanwaltschaft gelegenen Gründen nicht ergriffen werden; dagegen gelangte der Fall durch die Unzuständigkeitserklärung der Raths- und Anklagekammer in Freiburg an den obersten Gerichtshof, von welchem unterm 9. Januar 1869 die Zuständigkeit des Amtsgerichts Säckingen, und beziehungsweise der Raths- und Anklagekammer und Strafkammer in Constanz aus nachstehenden Gründen ausgesprochen wurde:

„In den Fällen der §. 478 und 479, vergl. mit 181 des Str.G.B. wird allerdings die Fiction aufgestellt, daß, obgleich jede der dort genannten mehrfachen Gesetzesübertretungen an und für sich ein selbstständiges Vergehen ist, doch sämmtliche Uebertretungen miteinander nur als eine strafbare That zu betrachten seien; allein diese Bestimmungen haben lediglich nur Beziehung auf die Ausmessung der Strafe mittelst der Zusammenrechnung des Werths sämmtlicher Uebertretungen, sie haben aber nicht den Zweck, Competenzbestimmungen zu treffen, welche vielmehr lediglich in der Str P.O. zu suchen sind.

Insofern nun, wie auch die §§. 373. 478 und 479 des Str.G.B. unterstellen, die mehrfachen Uebertretungen als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils zusammentreffen, haben sie zwar einen mittelbaren Einfluß auf die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts da in diesem Falle nur ein und das nämliche Gericht das erkennende sein kann; allein auch hier entscheidet über die Zuständigkeit des betreffenden Gerichts lediglich nur das Strafprozeßrecht, und es würde also in dem Falle, wenn die mehrfachen Uebertretungen in verschiedenen Gerichtsbezirken verübt worden wären, nach §. 11 der Str.P.O. der Regel nach die Prävention für die Zuständigkeit maßgebend sein. (Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Octbr. 1869. No. 8.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 8.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat October 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 5. October.	
39	Metzger gegen Gschwindt. — Gesellschaftsliquidation. . . .	Esser. — Wedekind.
40	Kühn gegen Schmitt. — Forderung.	v. Feder. — Stiegler.
	Donnerstag den 7. October.	
73	Balzer gegen Rauch	Beklagter.
77	Rauch gegen Balzer. — Versteigerungs-Anfechtung. . .	Kläger. — Wolff.
109	Rauch gegen Weis.	
92	v. Kessel gegen Fuchs. — Forderung.	Grimm. — Esser.
	Dienstag den 12. October.	
63	Frei gegen Kollmar. — Forderung.	J. Gutmann. — v. Feder.
64	Mayer gegen Sußmann. — Entschädigung.	Barbo. — Friedmann.
	Donnerstag den 14. October.	
59	Zölmlin gegen Kreyer. — Kaufhaltung.	Fürst. — Esser.
61	Kaufmann gegen Zutavern. — Forderung.	Fürst. — Schenkh.
	Dienstag den 19. October.	
69	Hogg gegen Schelb. — Forderung.	Scholl. — Flügel.
90	Dorn gegen Mack. — Entschädigung.	Fürst.
	Donnerstag den 21. October.	
36	Schauenburg gegen Gaisbach. — Streurecht.	Barazetti. — Eckhard.
	Dienstag den 26. October.	
57	Mannheim gegen Sonntag. — Schiedsgerichtbestellung. . .	Weller. — Grimm.
58	Wertheimer gegen Schmitt. — Kaufanfechtung.	Geißmar. — Grimm.
	Donnerstag den 28. October.	
70	Knell gegen Kinscherf. — Einsprache gegen Arrest. . . .	Fürst. — Wengler.
67	Oberlenzkirch gegen Fürstenberg. — Holzabgabe. . . .	Wedekind. — Esser.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Im Verlage des Unterzeichneten ist so eben erschienen:

Zeitschrift

für

FRANZÖSISCHES CIVILRECHT.

Sammlung

von civilrechtlichen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte mit Erläuterungen und Literaturberichte.

Herausgegeben

von

Dr. Sigismund Puchelt,

grossherzoglich badischer Kreisgerichts-Director.

Es ist diese Zeitschrift bestimmt, zunächst die durch das Eingehen von „Lauckhard's Rechtsfälle“ entstandene Lücke auszufüllen — sie wird jedoch nicht allein die merkwürdigen neuen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte unter eingehender Kritik derselben bringen, sondern werden in derselben auch alle erheblichen neuen Erscheinungen der juristischen französischen Literatur angezeigt und besprochen.

Auf die badische und rheinländische Literatur wird bei der Bearbeitung der einzelnen Rechtsfälle sorgfältig vergleichende Rücksicht genommen werden.

Jährlich werden drei einen Band bildende Hefte ausgegeben und beträgt der Preis pro Heft fl. 1. 12 kr. ord.

Mannheim, den 1. September 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 16.**

(Schluß von Art. 109.)

Anders verhält sich aber die Sache, wenn wie hier, während der Untersuchung oder bei der Aburtheilung eines Vergehens dem betreffenden Gerichte nicht angezeigt, oder überhaupt nicht bekannt war, daß der nämliche Angeschuldigte auch noch in andern Gerichtsbezirken gleiche Vergehen verübt habe, wo deßhalb das allein bekannte Vergehen auch allein abgeurtheilt worden ist und demgemäß die in den alleg. §§. gebotene Verbindung nicht mehr hergestellt werden kann, wo also ein Zusammentreffen der verschiedenen Uebertretungen als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils nicht stattfindet.

Für einen solchen Fall ist die Vorschrift des §. 16 der Str.Pr.O. allein maaßgebend, wonach die Zuständigkeit desjenigen Gerichtes, bei welchem eine Untersuchung bereits anhängig ist, sich nur in sofern auf Verbrechen, welche von dem nämlichen Angeschuldigten in einem andern Gerichtsbezirk verübt worden sind, erstreckt, als dieselben noch zur Anzeige kommen, ehe die Untersuchung über das erste Verbrechen geschlossen; oder in Kreis- oder schwurgerichtlichen Strafsachen der Verweisungsbeschluß ergangen; wenn also die gleichzeitige Aburtheilung sämmtlicher Vergehen des Angeschuldigten ohne besondere Verzögerung überhaupt noch möglich ist. Für die hiernach von dieser Untersuchung und Aburtheilung ausgeschlossenen Uebertretungen greifen daher die regelmäßigen Competenzbestimmungen wieder Platz.

Der alleg. §. spricht zwar zunächst nur von Verbrechen, welche von dem betreffenden Angeschuldigten im Laufe der anhängigen Untersuchung begangen worden sind, allein vermöge der Gleichheit des Grundes muß er sich nothwendig auch auf solche Verbrechen beziehen, die schon vor Einleitung jener Untersuchung verübt worden und nur z. Zt. der Anhängigkeit derselben nicht bekannt gewesen sind.

Daß aber diese Vorschrift auf fortgesetzte Vergehen im Sinne der §. 181 und 478 des Str.G.B. nicht anwendbar sei, kann mit Grund nicht behauptet werden. Es handelt sich hiebei um an sich selbstständige Vergehen, welche vom Gesetz nur wegen der Strafbestimmung mittelst Zusammenrechnung des Werths sämmtlicher Uebertretungen fictiv als eine einzige That angesehen werden. Diese Zusammenrechnung der einzelnen Werthbeträge, und darnach die Bestimmung des für das weitere Vergehen etwa noch zu erkennenden Strafzusatzes ist aber an und für sich so einfacher Natur, daß derselbe von jedem Gerichte bemessen werden kann, ohne daß eine absolute Nothwendigkeit dafür vorläge, daß derselbe durch ein und dasselbe Gericht erkannt werde.

Nun ist aber im vorliegenden Falle, wegen des vom Angeschuldigten in Freiburg verübten Diebstahls nicht nur bereits der Verweisungsbeschluß ergangen gewesen, sondern dieses Vergehen war schon durch die Strafkammer abgeurtheilt, und es war damit deren Zuständigkeit erschöpft, bevor noch diesem Gerichtshof bekannt geworden war, daß der Angeschuldigte schon vorher einen andern Diebstahl in dem Gerichtsbezirke des großh. Amtsgerichts Säckingen verübt hatte; zur Untersuchung und Aburtheilung dieses Vergehens durch die Strafgerichte des großh. Kreis- und Hofgerichtes Freiburg liegt somit gar kein Grund mehr vor, es tritt vielmehr für dieses Vergehen der gewöhnliche Gerichtsstand der begangenen That, §. 9 der Str.P.O. ein; es sind darnach das großh. Amtsgericht Säckingen, und beziehungsweise die Raths- und Anklagekammer und die Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz die allein zuständigen Gerichte und es waren daher diese letzteren mit dem weiteren Strafverfahren zu beauftragen.

Traub.

110.

Durch die Bezeichnung der Geschwister des Erblassers als Erben ist das Erbvertretungsrecht ihrer Kinder nicht ausgeschlossen. L.R.S. 742.

In Sachen
der Pauline Schwebr ledig in Freiburg,
Klägerin, Appellantin, Oberappellantin,
gegen
Rebstockwirth Fidel Schwebr und Katha-

Digitized by Google

rina Schwehr, Ehefrau des Lorenz Eckmann in Endingen, Stephanie Franziska Schwehr, Ehefrau des Bäckers König, und Emil Schwehr Holzhändler in Freiburg, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten,

Erbtheilung betreffend,

hatte Anton Zieglers Wittwe geborene Schwehr von Endingen, die Erblasserin der Beklagten, letztwillig verordnet, daß ihr Vermögen unter ihre 3 Geschwister gleichheitlich vertheilt werde.

Ihr Bruder Martin, der Vater der Klägerin, war aber vor der Erblasserin gestorben.

Die Klägerin verlangte kraft Erbvertretungsrechts ihren Antheil an dem ihrem Vater zugedachten 1/3 Theil der Verlassenschaft, die Beklagten wollten aber diesen Anspruch nicht zulassen.

Auf ihre Klage erkannte das großh. Amtsgericht Kenzingen am 28. August 1864, No. 6377, die Klage findet nicht statt, die Kosten des Verfahrens hat der klagende Theil zu tragen, und das großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Appellationssenat, bestätigte am 18. April 1865, No. 1329, das amtsgerichtliche Urtheil dahin, daß die Klägerin mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten beider Rechtszüge abzuweisen sei.

Auf die von der Klägerin hiegegen ergriffene Oberappellation wurden jedoch am 30. Januar 1866 von großh. Oberhofgerichte die vorderinstanzlichen Urtheile dahin abgeändert:

„Die Beklagten sind schuldig, das Erbrecht der Pauline Schwehr an der Verlassenschaft der Wittwe Ziegler, Maria geborene Schwehr in Endingen anzuerkennen, haben in Folge dessen die Vornahme der Erbtheilung in der Weise zu gestatten, daß der Klägerin ein Drittel des Erbtheils ihres verstorbenen Vaters Martin Schwehr oder 1/9 der ganzen Verlassenschaft zugetheilt werde, und sämmtliche Kosten aller drei Rechtszüge zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin, Pauline Schwehr, Bruderstochter der Erblasserin Anton Zieglers Wittwe, geb. Schwehr von Endingen, erhob gegen die Beklagten, Geschwister und Bruderskinder der Letztern eine Klage auf Anerkennung ihres behaupteten Miterbrechts und folgeweise auf Einräumung des betreffenden Erbantheils, bestehend im dritten Theil des Antheils des vorverstorbenen Vaters der Klägerin, Martin Schwehr, oder ein 1/9 des ganzen Nachlasses.

Dieselbe, sowohl im ersten als im zweiten Rechtszuge mit ihrem Anspruch zurückgewiesen, beschwerte sich hiegegen im Wege der Oberappellation, indem sie die Verurtheilung der Beklagten nach Maaßgabe des Klagbegehrens verlangte.

Ob ihr Verlangen sich rechtfertigt oder nicht, hängt lediglich von der Art der Auslegung des anerkannten eigenhändigen letzten Willens der Erblasserin vom 12. März 1858 ab.

Bei der Prüfung des Inhaltes dieser Urkunde ergibt sich aber folgendes:

Die Erblasserin hat zwar darin die gesetzliche Erbfolge im Allgemeinen mit bestimmten Worten nirgend für anwendbar erklärt, sie hat sich nicht ausdrücklich auf dieselbe bezogen und der Umstand, daß sie überhaupt eine letzte Willensurkunde errichtete, deutet an, daß sie etwas von der gesetzlichen Erbfolge Abweichendes festzusetzen Willens war, da es sonst einer letztwilligen Verordnung gar nicht bedurft hätte.

Da sie indeß eine Reihe besonderer Verfügungen getroffen hat, welche unzweifelhaft von der landrechtlichen Erbfolge abweichende Bestimmungen enthalten, wie namentlich die Verfügung über ihre Kleider und Leibwäsche zu Gunsten ihrer Schwester Katharina, sodann die Verfügungen zu Gunsten des St. Martin-Kirchenfonds, des Schulfonds und der Dienstmagd, die ihr in ihrer Krankheit behilflich war, so ist man in obiger Rücksicht keineswegs im Voraus zu der Annahme genöthigt, daß die Erblasserin in der Hauptsache die landrechtlichen Regeln von der gesetzlichen Erbfolge der Geschwister und der Kinder von Geschwistern zu verändern und bei Seite zu setzen beabsichtigt hat.

Im Gegentheil hat die Erblasserin durch die an die Spitze ihres letzten Willens gesetzte Bestimmung, daß ihr Vermögen, sowohl das von den Eltern beigebrachte als das in der Ehe erworbene, unter ihre drei Geschwister, Martin, Fidelis und Katharina gleichheitlich vertheilt werde, zwar nicht mit ausdrücklichen Worten, aber doch der Sache nach genügend zu erkennen gegeben, daß sie in der Hauptsache, soweit sie nicht etwas Anderes besonders festsetzte, diejenige Art der Erbfolge, welche schon das Landrecht, gestützt auf allgemeine und natürliche Grundsätze, als die regelmäßig zu unterstellende

Digitized by Google

vorgezeichnet hat (Buch III. Titel 1. Capitel 3) beibehalten wollte. L.R.S. 750 u. ff.

Da nun der genannte Bruder Martin, Vater der Klägerin, kurze Zeit nach der Errichtung des letzten Willens und vor Anfall der Erbschaft gestorben ist, so fragt es sich, ob hier zu Gunsten der Bruderskinder, beziehungsweise der Klägerin, das Erbvertretungsrecht des L.R.S. 742. 750 Abs. 2, d. h. die Rechtsdichtung, vermöge welcher ein entfernterer Erbe in die Stelle, in den Grad und in die Rechte eines näheren Erben, der vor dem Erblasser mit Tod abgegangen ist, kraft Gesetzes tritt,

vergl. L.R.S. 739.

Zachariä, Handbuch §. 597.

Demolombe, des successions Tit. 1 chap. 3 sect. 2 No. 389—391.

Dalloz, Repertoire v. succession No. 185 ff.,

zur Anwendung kommen kann?

Das Gesetz gewährt im L.R.S. 742 die Rechtswohlthat der Erbvertretung in der Seitenabstammung den Kindern und Abkömmlingen von Geschwistern ohne Beschränkung.

Wenn nun die Erblasserin die Erbvertretung, die bei der gesetzlichen Erbfolge für Kinder und weitere Abkömmlinge der Geschwister als allgemeine Regel gilt, in ihrer letzwilligen Verfügung nicht besonders anerkannt oder vorbehalten hat, so ist dieses eine Unbestimmtheit des Willensausdrucks und es ist der unterstellbare Wille der Erblasserin nach Maßgabe der L.R.Sätze 1100d.a ff. und 1156 ff. durch Auslegung zu ermitteln.

Daß hiebei nicht blos der buchstäbliche Sinn der Worte entscheidet, ergibt sich aus den Bestimmungen des L.R.S. 1100d.a. 1156. 1100d.b und d.e.

Vor Allem ist bei der Erforschung des Willens der Erblasserin in vorliegendem Falle zu beachten, daß hier nach dem unverkennbaren Willen der Erblasserin deren Nachlaß in der Hauptsache nicht fremden Vermächtnißnehmern, sondern ihren gesetzlichen Erben zu Theil werden sollte. Es ist in Betracht zu ziehen, was nach den Erfahrungen des Lebens und nach Vergleichung des sonstigen Inhalts der letzten Willensverfügung als zu unterstellende Absicht der Erblasserin hinsichtlich des fraglichen Punktes gelten kann.

Eine nähere Prüfung in dieser Beziehung führt aber zu dem Ergebniß, daß es keineswegs in der Absicht der Erblasserin lag, jene im Gesetz begründete, ebenso natürliche als billige, dem zu unterstellenden verwandtschaftlichen Sinne entsprechende Rechtswohlthat zum Nachtheil der Kinder ihrer zur Zeit der letzten Willensverfügung noch lebenden Geschwister, insbesondere der Kinder des Bruders Martin, zu beseitigen. Nirgends hat die Erblasserin dieses ausgesprochen und es mußte schon bei etwa sich darbietendem Zweifel über diesen Punkt angenommen werden, daß sie dasjenige wolle, was nach Maßgabe des Gesetzes, im Einklang mit der natürlichen Billigkeit, für einen solchen Fall als das Angemessene und Richtige als der vermuthete Wille des Erblassers, sofern nichts Anderes verordnet ist, gelten soll. Eine Abweichung von der gesetzlichen Erbfolgeordnung in diesem oder jenem besondern Punkt ist nicht anzunehmen, wo sie nicht bestimmt ausgedrückt oder mit Sicherheit aus einer getroffenen Bestimmung abzuleiten ist. Weder das Eine, noch das Andere ist hier der Fall, und es sprechen zu Gunsten der Klägerin die Auslegungsvorschriften der L.R.S. 1156 (vergl. mit L.R.S. 1100d.b) 1100d.e Schlußsatz 1160. 1164. Die Auslegungsregel des L.R.S. 1100d.d, welche einen Zweifel unterstellt, steht nach Obigem hier nicht im Wege.

Vergl. Zachariä, Handbuch §. 714 vergl. mit §. 647. 665.

Aubry et Rau, cours civil français VI. §. 712 No. 2. 3.

Zudem aber läßt die Bestimmung, welche die Erblasserin wegen des möglichen Falles, daß der Sohn des Bruders Martin, Emil Schwehr, kinderlos sterben sollte, in Bezug auf sein Erbtheil („dieses Erbtheil") besonders getroffen hat, genügend erkennen, daß sie voraussetzte, es solle der fragliche Vermögenstheil als Erbtheil auf Martins Kinder kommen, und daß sie, abgesehen von den bezüglichen besondern Anordnungen, worunter auch die Anordnung zu Gunsten der Stephanie Schwehr und deren Schwester hervorzuheben ist, nicht der Meinung war, die Kinder ihrer Geschwister in ihren gesetzlichen Erbberechtigungen zu beschränken. Es liegen daher besondere Anhaltspunkte für die obige Auslegung vor.

Die Schußfolgerung, welche die Richter der vordern Rechtszüge aus den angeführten besondern Anordnungen in Verbindung mit dem Mangel einer weitern ausdrücklichen Bestimmung (a contrario) ziehen zu müssen glaubten, erscheint hiernach nicht gerechtfertigt. Sie geräth in Widerstreit mit der unterstellbaren wahren Willens-

Digitized by Google

meinung der Erblasserin, welche vor Allem zu ermitteln und zu beachten ist.

Es kann demnach auch die Vorschrift des L.R.S. 1039, wonach eine letzte Willensverfügung verfallen ist, wenn der Begünstigte den Erblasser nicht überlebt hat, hier keine Anwendung finden.

Hiemit steht die in den Annalen Jahrgang 19 S. 201 u. ff. mitgetheilte frühere oberhofgerichtliche Entscheidung in Uebereinstimmung.

Vergl. hiezu ferner Dalloz, Repertoire v. dispositions entre vifs et testaments No. 3492 Note (2) und No. 4323, auch die Schlußbemerkung von Troplong zu Art. 1093 donations et testaments No. 2133.

Demgemäß erscheint die Beschwerde der Klägerin, Oberappellantin, begründet und es ist unter Abänderung des angefochtenen abweisenden Urtheils nach dem Begehren der Klägerin zu erkennen. Red.

111.

Entscheidungen französischer Gerichte.

Sirey, 66 I. S. 321.
„ 68 I. 215.

I.

Feldwege (chemins ruraux).

Die Vermuthung, nach welcher der Eigenthümer eines an einen Feldweg anstoßenden oder von einem solchen durchschnittenen Grundstückes auch Eigenthümer dieses Weges sei, ist eine einfache (praesumtio juris) und kann durch Gegenvermuthungen entkräftet oder ganz zerstört werden.

Die auch bei uns, namentlich in Folge des Gesetzes vom 26. März 1852, die Vornahme einer stückweisen Vermessung sämmtlicher Liegenschaften des Großherzogthums betreffend, zahlreich entstehenden Streitigkeiten über das Eigenthum an Feldwegen ist ein Beweis von der praktischen Wichtigkeit der hier einschlagenden Fragen, und die nachfolgenden Mittheilungen dürften deßhalb auch für den badischen Rechtsgelehrten von einigem Interesse sein.

Es liegt, möchten wir sagen, fast in der Natur der Sache, daß bei der Vermessung einer Gemarkung die Feldwege als Gemeindeeigenthum erklärt werden. Die anstoßenden Grundbesitzer sind dagegen nicht überall gewillt, sich diese von der Vermessungscommission ausgegangene Entziehung ihres vermeintlichen Eigenthums gefallen zu lassen, und suchen deßhalb mit Hilfe der Gerichte ihre Rechte zur Geltung zu bringen. In der Eigenschaft als Kläger, welche Rolle ihnen meistens zufällt, trifft sie zweifelsohne die Beweislast.

Aber wie können sie diesen Beweis bei Verhältnissen, die in die fernste Vergangenheit hineinreichen, erbringen? Besteht etwa eine gesetzliche Vermuthung zum Vortheil der Gemeinde oder der anstoßenden Grundbesitzer über das Eigenthum an Grund und Boden eines solchen Weges?

Es sind hierüber schon verschiedene Ansichten geltend gemacht worden. Während die Einen behaupten, Grund und Boden eines jeden Feldweges müsse als Gemeindeeigenthum angesehen werden, erklären Andere die Feldwege für Zugehörden des anliegenden Grundeigenthums. Wo liegt nun die Wahrheit? Daß die Gemeinde als Eigenthümerin eines jeden Feldwegs anzusehen sei, der thatsächlich dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist, und daß eine solche Widmung eine Zueignung des Weges durch die Gemeinde zur unmittelbaren Folge hat, scheint unzweifelhaft. Es frägt sich daher nur, wann eine solche Widmung eines Feldweges für den öffentlichen Verkehr angenommen oder vermuthet werden könne. Diese Vermuthung hat man bald aus den Aussprüchen der Verwaltungsbehörden, bald aus den Bestimmungen des römischen oder gar des Lehenrechtes abzuleiten versucht, und in letzterer Beziehung geradezu behauptet, jeder Weg sei seiner Natur nach bis zum Beweis des Gegentheils als für den öffentlichen Verkehr bestimmt anzusehen.

Die erwähnten Gesetze enthalten aber eine solche Vermuthung nur bezüglich der Heerstraßen oder der ehemaligen Königsstraßen des Sachsenspiegels II.

Was das römische Recht anbelangt, so unterscheidet dasselbe bekanntlich 3 Arten von Wegen: Viae publicae, privatae et vicinales:

> „Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Viam publicam eam dicimus, cujusetiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus; viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit; viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur.

Digitized by Google

Publicas vias dicimus, quas Graeci basilicas id est, regias, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitum est: aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur; nam si ex collatione privatorum reficiatur non utique privata est, refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet. Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt. Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant; vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consulari; et sic post illam acipit via vel actus ad villam ducens. Has ergo, quae post consularem accipiunt in villas, vel in aliaa coloniaa ducentes, putem etiam ipsaa publicas esse l. 2. 21 et 22 D. 43 8, l. 3 pr. D. 43. 7."

Auch im deutschen Privatrecht treffen wir die behauptete Vermuthung nicht. Die Behauptung, sagt Gerber d. Pr.R. §. 62, daß ein öffentlicher Weg auf einem Privatgrundstück bestehe, kann abgesehen von den in constitutiven Rechtsgeschäften liegenden Titeln, nur auf unvordenkliche Zeit gestützt werden. Es kommt also überall auf die Umstände an.

Dagegen findet die Vermuthung, daß der anstoßende Grundbesitzer auch Eigenthümer des Weges sei, ihre Begründung in L.R.S. 546. Der Grund zur Anwendung dieses Satzes auf Feldwege, welche Privateigenthum begrenzen oder durchschneiden und mittelst deren die Bewirthschaftung dieses Geländes erst möglich wird, ist der gleiche, der auch bei Mühlcanälen ꝛc. einschlägt. Is fecit, cui prodest. Der Eigenthümer des Werkes gilt auch als Eigenthümer der Kanäle, da diese Zweck und Bedeutung erst durch jenes erlangen.

Der Cassationshof hat diesen Grundsatz schon in mehreren Urtheilen zur Anwendung gebracht. v. Sirey, 1864 I. 13, 1858 I. §. 41, und neulich wieder in zwei gleichen Fällen, von denen wir uns einen mitzutheilen erlauben. In allen diesen Entscheidungen wird zwar immer nur von einer einfachen, keiner gesetzlichen Vermuthung gesprochen, allein offenbar soll damit nur der Begriff einer praesumtio juris bezeichnet werden, welche durch Gegenvermuthungen entkräftet oder ganz zerstört werden kann. Dies Letztere nimmt der Cassationshof ausdrücklich an, und bestätigt damit unsere Ansicht vollständig, denn bei den Vermuthungen des L.R.S. 1353, welche lediglich der Einsicht des Richters überlassen sind, kann im Ernste von einer Gegenvermuthung oder vom Gegenbeweis nicht wohl gesprochen werden. Jedenfalls beruht die aus L.R.S. 546 abgeleitete Vermuthung auf einem Gesetz und muß daher auch als eine gesetzliche bezeichnet werden.

Die Folge ist daher, daß, der anstoßende Grundbesitzer von allem Beweise frei ist, bis sein Gegner die Kraft der gesetzlichen Vermuthung durch Gegenbeweise zerstört hat, L.R.S. 1350. 1352 z. B., daß sich die Gemeinde im unbestrittenem Besitze des Weges als eines Gemeindeweges befunden, oder daß sie im Besitzprozeß obgesiegt hat. In diesen Fällen hätte der anstoßende Grundbesitzer allerdings den Titel seines Eigenthumsrechtes an dem Feldweg nachzuweisen.

In dem vom Cassationshof durch Urtheil vom 16. April 1866 entschiedenen Fall hatte ein gewisser Tissier, dessen Grundstück von einem Weg, Streat Class genannt, durchschnitten war, gegen die Gemeinde Conquet die Besitzklage angestellt. Die Beklagte wurde indeß im Besitze geschützt, weil der Weg ein öffentlicher sei.

Tissier stellte hierauf die petitorische Klage an, aber mit nicht glücklicherem Erfolg. In beiden Rechtszügen wurde er mit seiner Klage zurückgewiesen, und die dagegen ausgeführte Nichtigkeitsbeschwerde vom obersten Gerichtshofe verworfen und zwar aus folgenden

Gründen:

J. E., daß Tissier, nachdem er im Besitzprozesse unterlegen, in seiner Eigenschaft als petitorischer Kläger sein Eigenthumsrecht an dem Feldweg „Streat Glass" nachzuweisen hatte.

J. E., daß er, in Ermanglung eines Titels, sich darauf berief, daß der fragliche Weg seiner ganzen Länge nach von seinem Eigenthum begrenzt sei, und überdies nur diesem zum Vortheil gereiche.

J. E., daß das Angrenzen des klägerischen Eigenthums an einen öffentlichen Weg keine gesetzliche Vermuthung für das Eigenthum auch an diesem bildet, sondern nur eine einfache, welche durch Gegenvermuthungen

Digitized by Google

zerstört und durch den unbestrittenen Besitz der Gemeinde ganz aufgehoben werden kann.

J. E., daß der Besitz der Gemeinde Conquet durch possessorisches Urtheil festgestellt ist.

J. E., daß die Gemeinde C. als Beklagte keine Beweislast trifft, daß sie indeß sogar nachgewiesen hat, daß der Weg ein öffentlicher sei, und einen Bestandtheil der Feldwege auf der Gemarkung bilde.

J. E., daß der Weg auch von der Gemeindebehörde für einen öffentlichen Feldweg erklärt ist und Tissier hiebei sogar mitgewirkt hat.

J. E., daß wenn dieser Ausspruch der Gemeinde auch kein Eigenthumsrecht verleihen konnte, er doch, namentlich wenn er auf Urkunden sich stützt, von Einfluß auf die gerichtliche Entscheidung sein kann.

J. E., daß thatsächlich festgestellt ist, daß der Feldweg „Streat Glass" immer als ein öffentlicher Weg von der Gemeinde besessen und unterhalten wurde, und daß er nicht allein zur Bewirthschaftung der Grundstücke des Klägers dient, indem er sich über diese hinauserstreckt, auf einen öffentlichen Weg ausmündet, und mit diesem in Verbindung tritt.

J. E., daß die Unterdrückung dieses Feldweges andern öffentlichen Wegen schaden, und den Verkehr hemmen würde.

J. E., daß der fragliche Feldweg von den Bewohnern von Conquet immer als öffentlicher Weg begangen und dies durch ein Zeugniß des Gemeinderaths, das sogar die Unterschrift des Herrn Tissier, eines Mitglieds dieser Behörde, trägt, anerkannt ist.

J. E., daß wenn Angesichts dieser für die Oeffentlichkeit des Weges so charakteristischen Merkmale der Gerichtshof von Rennes die Ansprüche Tissier's auf Anerkennung des ausschließlichen Eigenthums an diesem Weg verworfen hat, er weit entfernt, die vom Kläger angerufenen Gesetzesstellen zu verletzen, die hier einschlagenden Grundsätze ganz richtig zur Anwendung gebracht hat.

Aus diesen Gründen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

II.

Feldpfade (chemins voisinaux, de sentiers, ou sentes d'exploitation, de culture etc.)

Die Entstehung eines Feldpfades kann auf den Grund einfacher Vermuthungen, die der örtlichen Lage oder den Umständen des Falles entnommen sind, aus einer stillschweigenden Uebereinkunft der Anstößer, von denen jeder zum gemeinsamen Besten einen Theil seines Grund und Bodens abgetreten hat, abgeleitet werden.

Ein solcher Weg bildet ein Miteigenthum der Anstößer, das durch Verjährung erworben werden kann. Die Bestimmung des L.R.S. 691 findet hierauf keine Anwendung.

Sirey, 66 I. 193.
„ 68 I. 216.

Die Wege, welche zum Hauptzweck die Benützung und Bewirthschaftung eines Grundstückes, das sie durchziehen, oder begrenzen, oder bis zu welchem sie sich erstrecken sollen, haben, nennt man zum Unterschied von den eigentlichen Feldwegen (chemins ruraux), Feldpfade (chemins voisinaux, ou de quartier, de sentiers ou sentes d'exploitation).

Es ist das ganz besondere Privatinteresse, dem sie dienen, und das der Verkehr, der darauf stattfindet, darbietet, während die eigentlichen Feldwege mehr dem öffentlichen Verkehr übergeben sind und in diesem Falle als Gemeindeeigenthum erklärt werden müssen.

Was nun diese Feldpfade anbelangt, so stehen sie im eigentlichsten Privateigenthum, und ist deren Benützung jedem Berechtigten erlaubt. Man hat deßhalb in gewisser Beziehung das Recht der Mitbenützer solcher Wege ein jus publicum und diese selbst wieder öffentliche Wege im engern Sinn genannt.

Die Hauptschwierigkeit bildet aber die Frage, ob diese Pfade ein wahres Miteigenthum, oder ob sie nur eine gegenseitige Dienstbarkeit für die verschiedenen Berechtigten darstellen? Ihrer Entstehung nach muß angenommen werden, entweder, daß sie ex collatione privatorum, also aus einer stillschweigenden Uebereinkunft zwischen den verschiedenen Anstößern, von denen jeder zu seinem und seiner Nachbarn Gebrauch und Vortheil ein Stück abgetreten hat, oder, daß sie aus einer Art Widmung zur Zeit des großen Grundbesitzes und vor der Parzellirung hervorgegangen sind. In diesem letztern Fall bestehen sie bis zum Beweis des Gegentheils zu Gunsten Aller, die sich in das ursprüngliche Gesammteigenthum getheilt haben, also aller Besitzer des Gewannes. Im erstern Fall aber fragt es sich, hat der Anstößer das Eigenthum des zu einem Pfade abgetretenen Stück Landes behalten und muß er nur den Uebergang seiner Nachbarn unter der Bedingung der Gegenseitigkeit dulden, woraus folgt,

Digitized by Google

daß er den Weg, nur soweit sein Eigenthum reicht, jure dominii, soweit er aber über das Eigenthum der Nachbarn zieht, blos jure servitutis benützen würde, oder steht der Weg im Miteigenthum aller Nachbarn? Der Unterschied springt in die Augen.

Bei der ersten Annahme würde z. B. unter den Voraussetzungen des L.R.S. 701 Abs. 3 eine Verlegung des Weges gestattet sein; es könnte gegen denjenigen Nachbarn, der sich gegen das Recht des Durchgangs auflehnt, keine possessorische Klage angestellt werden, weil es sich um eine unständige Dienstbarkeit handelte und selbst im petitorium müßten Diejenigen, die das Wegrecht ansprechen, einen Titel für ihr Recht aufbringen.

Die fast allgemeine Ansicht geht aber dahin, daß derartige Feldpfade, welches auch ihre Entstehung sein möge, als ein Miteigenthum aller Anstößer und Interessenten angesehen werden müssen. Man nimmt einen sogenannten stillschweigenden Titel (un titre muet) an, so daß der Besitz eines solchen Fußpfades immer auf einem Titel beruht, und auch die Besitzklage als zulässig erscheint. Das Wegrecht beruht demnach nicht auf einer unständigen Dienstbarkeit, sondern auf einer unterstellten Uebereinkunft zwischen den benachbarten Besitzern zum Zweck der Bewirthschaftung ihrer respectiven Grundstücke. Die Besitzklage hat darum auch nicht das Wegrecht, sondern den Grund und Boden des Wegs zum Gegenstand.

Daher findet auch die erwähnte Bestimmung des L.R.S. 701 keine Anwendung; derjenige, der den Durchgang wehren will, muß sein Alleineigenthum beweisen, durch bloßen 30 jährigen Nichtgebrauch geht das Recht nicht verloren (706), sondern es muß noch der Besitz eines Dritten hinzugekommen sein, denn wenn während der Verjährungszeit von Seite eines Dritten von dem Eigenthum kein Besitz ergriffen wurde, so schadet der Nichtgebrauch dem Eigenthümer nicht. Das Eigenthum geht durch Ersitzung auf keine andere Person über, verbleibt also bei dem früheren Eigenthümer.

Diese Grundsätze kamen in einem Fall zur Anwendung, den der Cassationshof durch Urtheil vom 20. Februar 1866 entschieden hat. Das Thatsächliche dieses Falles ist kurz folgendes:

Das Gut Châteauvieux, Eigenthum der Posse'schen Eheleute, ist von einem Weg durchschnitten, welcher von einem öffentlichen Weg, genannt de la Motte à Figanières, ausgehend andere ebenfalls öffentliche Verkehrswege wieder verbindet, indem er noch über verschiedene Grundstücke, namentlich auch ein solches des Herrn Mingeaud, Etang genannt, hinzieht.

Mingeaud behauptete nun, daß, da es sich hier um einen Feldpfad handle, er das Recht habe, sich desselben in seiner ganzen Ausdehnung zu bedienen und zwar zum Zweck der Bewirthschaftung seines Grundstückes, namentlich auch auf der Strecke, welche das Eigenthum der Eheleute Posse durchschneide. Diese dagegen widersetzten sich diesem Verlangen, belangten Mingeaud bei dem Tribunal von Dragisignan und beantragten, es möge dem Beklagten die Begehung des Theils des Weges untersagt werden, der ihr Grundstück durchscheide und somit ihr Eigenthum sei. Mit dieser Klage wurden die kläger'schen Eheleute aber in allen Instanzen abgewiesen.

Die vom Appellationsgericht zu Aix adoptirten Entscheidungsgründe des Tribunals lauten:

J. E., daß von beiden Theilen die Eigenschaft des Weges als Feldpfad anerkannt ist;

J. E., daß dieser Weg in den Plan der Gemeinde de la Motte eingezeichnet ist;

J. E., daß derselbe an seinen Endpunkten nach Osten und Westen verschiedene öffentliche Vizinalstraßen berührt;

J. E., daß alle Grundbesitzer des Gewanns augenscheinlich das Recht haben, diesen Feldpfad seiner ganzen Länge nach zu gebrauchen, um an die öffentliche Straße, auf welche er ausmündet, zu gelangen;

J. E., daß schon der gesunde Menschenverstand anzeigt, daß man die Güterbesitzer in diesem Gewann an der Grenze ihres Eigenthums nicht einschließen und nicht verhindern kann, den fraglichen Fußpfad seiner ganzen Ausdehnung nach zu benützen, um auf die öffentliche Straße zu gelangen.

Die klägerischen Eheleute ergriffen die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung der Art. 544. 546. 690. 691. 682 und 1315, weil das angefochtene Urtheil dem Beklagten, obgleich derselbe keinen Titel und keinen Beweis zur Begründung seiner Behauptung für sich habe, doch ein Recht auf einen Privatweg zuerkannt habe, der sich auf ihrem Eigenthum und zur Benützung und Bewirthschaftung desselben befinde. Es sei, sagte man, unbestritten, daß die Feldwege für Eigenthum der Grundbesitzer gehalten werden, deren Grund und Boden sie durchschneiden. Die Gemeinden könnten sich für deren Eigenthümer nur erklären lassen, wenn sie ihre Rechte durch einen Titel, durch Ersitzung oder wenigstens durch

Digitized by Google

Vermuthungen nachweisen. Es genüge nicht, daß sich eine Gemeinde nur auf den Gemarkungsplan berufe, sie müsse vielmehr ihr Eigenthum beweisen. Vermöge sie dies nicht, so müsse der Feldweg für einen Theil des Grundstücks erklärt werden, zu welchem er eine Zubehörde sei.

Die gleichen Grundsätze müßten auch hinsichtlich der nicht öffentlichen Feldwege gelten, von denen es zwei Arten gebe; solche, welche zum Besten mehrerer Grundstücken erstellt werden, und all diesen Besitzern gemeinschaftlich seien, und solche, welche nur zum Nutzen eines einzelnen Grundstückes angelegt werden, und eine ausschließliche Zugehörde dieses Grundstücks bilden. Wenn ein nicht öffentlicher Feldweg auf beiden Seiten an Privateigenthum eines Besitzers grenze, und wenn er überdies auf einen Hauptplatz eines solchen Grundstückes ausmünde, ohne weitere Fortsetzung, so müsse er für das ausschließliche Eigenthum des Besitzers dieses Grundstückes erklärt werden. Wie ein solcher Besitzer der Gemarkungsgemeinde die Vermuthung für sein Eigenthumsrecht entgegenhalten könne, so müsse dies auch gegenüber den andern Anstößern der Fall sein. Wollten diese für ihre Grundstücke ein Recht an einem solchen über Privateigenthum ziehenden Wege ansprechen, so müßten sie gerade wie die Gemeinde den Beweis dafür erbringen. Dieser Beweis könne sich entweder aus einem Titel oder einem mit der Widmung conformen Besitze, oder bezüglich eingeschlossener Grundstücke aus einem einfachen Besitze ergeben.

Wenn daher die Eigenschaft eines Weges bestritten sei, und ein Dritter behaupte, ein Recht zu haben, auf diesem Weg auf sein Grundstück zu gelangen, so müsse er den Beweis dafür übernehmen. Diesen Beweis könne er aber in keinem Fall aus der Thatsache ableiten, daß der angeblich gemeinschaftliche Weg an seinen beiden Endpunkten auf die öffentliche Straße ausmünde. Dieser Umstand könne dem Weg die Eigenschaft eines Communalweges verleihen, aber niemals zu der Annahme verleiten, daß der Privatweg zum Besten mehrerer Grundstücke erstellt und für alle diese gemeinschaftlich sei. In keinem Falle liege eine gesetzliche Vermuthung vor, welche den Richter jeder Prüfung enthebe und ihn ermächtige, aus diesem Umstand eine das ausschließliche Eigenthum des Besitzers dieses Grundstückes verneinende Entscheidung zu ziehen.

Der Cassationshof hat diese Beschwerde aus folgenden Gründen, denen man vielleicht noch die Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft beifügen könnte, verworfen.

J. E., daß es sich hier nicht um die Frage handelt, ob der Weg, der Gegenstand des Streites ist, Eigenthum der Gemeinde de la Motte sei, indem sich diese Gemeinde am Rechtsstreit nicht betheiligt und das angefochtene Urtheil auch in keiner Weise dem fraglichen Weg die Eigenschaft eines Gemeindewegs beigelegt hat.

J. E., daß es sich nur um die Frage handelt, ob die Eheleute Posse das Recht haben, dem Herrn Mingeaud das Begehen dieses Weges an der Stelle, wo er ihr Gut Châtesauvieux berührt, zu untersagen.

J. E., daß man, um diese Frage entscheiden zu können, vorerst die Eigenschaft dieses Weges kennen muß.

J. E., daß durch das angefochtene Urtheil festgestellt ist, daß die Parthieen diesen Weg für einen Feldpfad, genannt „l'Etang" erklärt haben, daß er unter diesem Namen im Gemeindeplan eingezeichnet ist, daß er an seinen Endpunkten auf verschiedene öffentliche Vizinalstraßen ausmündet, und daß nicht bestritten ist, daß das Gut l'Etang, welches dem Weg den Namen gegeben, dem Herrn Mingeaud gehöre.

J. E., daß schon im alten Recht die Vermuthung bestand, daß Feldpfade von allen benachbarten und interessirten Anstößern erstellt worden, und sie deßhalb ihrer ganzen Ausdehnung nach ein gemeinschaftliches Eigenthum dieser bilden.

J. E., daß das angefochtene Urtheil darum mit Recht ausgesprochen hat, daß die Eheleute Posse dem Herrn Mingeaud nicht verbieten können, über ihr Gut zu gehen ꝛc. Schmidt.

112.

Der Anspruch auf eine Conventionalstrafe tritt nicht schon durch die Säumniß des Vertragsgegners, sondern erst durch die Setzung desselben in Verzug — ins Leben. L.R.S. 1230.

In Sachen
der Kölnischen Maschinenbau-Actien-Gesellschaft in Köln, Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin, Oberappellatin,
gegen
die Fabrikanten Mondt und Remnich

in Karlsruhe, Beklagte, Widerkläger, Appellanten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

beſagen die

Entſcheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 9. Jan. 1866:

Die Beklagten, Widerkläger, beſchweren ſich gegen das Urtheil des Appellationsgerichts, inſoweit es unter 1 bis 3 das unterrichterliche Urtheil beſtätigt. Ihre Beſchwerden ſind aber unbegründet.

Die Konventionalſtrafe hat die Natur einer Entſchädigung, L.R.S.S. 1228. 1229, und es gelten daher auch dafür die in den L.R.S.S. 1146 ff. aufgeſtellten Grundſätze. Hiernach kann die Konventionalſtrafe, wie jede Entſchädigung, nur gefordert werden, nachdem der Schuldner wegen Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit in Verzug geſetzt iſt; — L.R.S. 1146, ſo daß das bloſe Erſcheinen des Tags, an welchem vertragsmäßig erfüllt werden ſoll, nicht genügt. Wenn daher in L.R.S. 1230 geſagt iſt, daß die Strafe verwirkt ſei, ſobald der ſchuldige Theil im Verzuge iſt, ſo muß dieſer Ausdruck im Hinblick auf die Beſtimmungen des L.R.S. 1146, ſodann des L.R.S. 1138, Abſ. 2 in Verbindung mit L.R.S. 1139 ſo aufgefaßt werden, daß nur derjenige im geſetzlichen Sinne im Verzuge iſt, welcher nach Vorſchrift der L.R.S.S. 1139. 474. Abſ. 2, 958 a. E., 1014 Abſ. 2, 1153 Abſ. 2, 1652 letzter Abſatz, 1904 in Verzug geſetzt iſt.

Zachariä II. S. 247 Note 11, S. 256.
Oberhofg. Jahrb. n. F. V. 307.
Marcadé IV. S. 415 f. 503.
Aubry et Rau III. 63. 74.

Wenn ferner Brauer in ſeinen Erläuterungen zu L.R.S. 1230 behauptet, eine Verzugſetzung ſei nur nöthig, um wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit, welche mit einem Strafgeding verſtärkt iſt, außer der — für die bloſe Verzögerung — feſtgeſetzten Konventionalſtrafe, auch noch Schadenerſatz verlangen zu können; dagegen genüge es, um in Folge des Verzugs zur Bezahlung der Conventionalſtrafe verurtheilt zu werden, daß nur der Schuldner im Verzuge iſt, ob er gleich nicht in Verzug geſetzt ſei, — ſo iſt dagegen auf den L.R.S. 1230 zu verweiſen, welcher eine Aenderung des Urtextes nicht enthält, ſo daß die von Brauer aufgeſtellte, dem Syſteme des code civil fremde Unterſcheidung ſich auch nicht in unſerm Landrechte geltend macht.

Die Beklagten behaupten zwar, daß ſie ſich in einem Ausnahmsfalle befinden, indem eine Verzugſetzung nach der Natur der Sache überall da, wo — wie hier — die Strafe nur für die Verzögerung der Erfüllung bedungen iſt, und Tag für Tag fällig wird, gar nicht möglich ſei. Allein das Geſetz anerkennt nur wenige Ausnahmsfälle, in welchen Entſchädigung und alſo auch die Conventionalſtrafe wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit verlangt werden kann, ohne daß eine vorhergehende Verzugſetzung nöthig iſt. Vergl. Zachariä II. 246 ff.

Von dieſen Fällen liegt hier keiner vor. Daß aber in gegenwärtigem Falle eine Verzugſetzung factiſch nicht möglich ſei, kann nicht anerkannt werden, indem dieſelbe allerdings, von dem durch die Parteien zur Erfüllung beſtimmten Zeitpunkte an gerechnet, jeden Tag mit Wirkung für die Folgezeit hätte vorgenommen werden können, hier aber gar keine Verzugſetzung vorliegt.

Die Beklagten machen zwar geltend, daß in ihren an die klagende Fabrik wegen Lieferung des Vertragsgegenſtandes abgeſendeten Briefen eine Verzugſetzung liege. Allein abgeſehen davon, ob dieſe Briefe nach ihrem Inhalte in der That eine Mahnung oder Aufforderung zur Erfüllung nachweiſen, ſo verlangt der hier anwendbare L.R.S. 1139 eine öffentlich beurkundete Aufforderung, oder einen einer ſolchen Aufforderung gleichgeltenden Vorgang, wodurch allein der Schuldner in Verzug geſetzt wird. Privaturkunden, wenn ſie auch vom Gegentheil als ächt anerkannt ſind, können aber einer öffentlich beurkundeten Aufforderung überhaupt und namentlich alsdann nicht gleichgeſetzt und ſomit durch ſolche eine Verzugſetzung nicht bewirkt werden, wenn — wie hier — in den Antworten auf jene Briefe weder die Verpflichtung zur Zahlung der Strafe, noch auch nur die Thatſache, daß man in Verzug ſei, anerkannt,

Zachariä II. S. 247 Note 8;
Aubry et Rau III. 64,

ſondern im Gegentheile dieſe Thatſache und die Schuld zur Zahlung der Strafe beharrlich beſtritten worden iſt.

Vergl. Annalen XIV. 195, XX. 196.

Hieraus ergibt ſich, daß die Beklagten auf die Conventionalſtrafe keinen Anſpruch haben. Red.

Digitized by Google

113.

Fortgesetzte Brandstiftung — Fragestellung.

I.

Unser Strafgesetzbuch stellt den Begriff des fortgesetzten Verbrechens in §. 180 fest, und umgeht damit zahlreiche theoretische Controversen.

Man vergleiche unter Andern auch John, die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz für Praktiker und Theoretiker dargestellt, Berlin 1860. Ich lasse beispielsweise zwei Fälle aus der Schwurgerichtspraxis des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe folgen.

Der Schmiedgeselle Ludwig Grad von Oberbergbausen beabsichtigte, seinem Meister das Haus anzuzünden; zu diesem Behufe legte er am 6. Februar 1866 in der Scheuer, und am 11. Februar in dem Stalle Feuer an, beide Versuche mißlangen.

Wilhelm Kempter von Wien, war bei Bäcker Ungerer in Pforzheim in der Lehre, wo es ihm wegen angeblich grober Behandlung nicht gefiel. Sein Vater ließ den Austritt nicht zu; um diesen möglich zu machen, beabsichtigte Wilhelm Kempter das Haus Ungerer's abzubrennen. Um den Verdacht von sich abzuwenden, legte er in der Nacht vom 28./29. April 1868 in zwei Nachbarsgebäude, von welchen sich die Flamme voraussichtlich auf Ungerers Haus verbreiten mußte, Feuer an; er warf nämlich in die Scheuer des Müllers Hildebrand eine mit Zunder umwickelte, mit Schwefel bestreute und mit Zündhölzchen gespickte brennende Kartoffel; der Versuch schlug fehl, und nun warf er in den Speicher des Fuhrmanns Fauser einen gleichen Brandkörper, ebenfalls ohne Erfolg. In der folgenden Nacht zündete er den Holzstall seines Meisters an; das Feuer wurde alsbald gelöscht.

In beiden Fällen wurden die Angeklagten wegen fortgesetzter theils versuchter, theils vollendeter Brandstiftung verurtheilt. Bei Ludwig Grad konnte die Einheit des Entschlusses — und diese stellt §. 180 des Str.G.B. als das charakteristische Merkmal des fortgesetzten Verbrechens auf — keinem Bedenken unterliegen; der Angeklagte wollte das Haus des Meisters anzünden, und hat diesen Entschluß durch zwei Handlungen zu vollziehen versucht. Bei Wilhelm Kempter konnte man fragen, ob der Umstand, daß auch der Brand bei Hildebrand und Fauser gewollt war, nicht eine reale Concurrenz begründe? Ich glaube, daß auch in diesem Falle mit Recht ein fortgesetztes Verbrechen angenommen wurde. Die Verschiedenheit der Objecte des Verbrechens ist nach unserem Strafgesetz unerheblich, vergleiche Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch §. 128a; der Entschluß Kempters war die Brandstiftung bei Ungerer, und wenn derselbe als Mittel zum Zwecke auch bei Hildebrand und Fauser Feuer legte, so erscheinen diese Handlungen nur als die zur Ausführung nöthigen verschiedenen Akte desselben verbrecherischen Verhältnisses, es liegt also im Grund nur eine Absicht vor, und kann auch nur ein Verbrechen angenommen werden.

II.

Die Fragestellung war in beiden Fällen verschieden. In der Verhandlung gegen Grad wurde an die Geschworenen die Frage gestellt, ob die — in den vorausgehenden Fragen näher bezeichneten — Handlungen als Ausführung des nämlichen, auf ein bestimmtes Verbrechen gerichteten Entschlusses erscheinen? Bei dem Falle gegen Kempter stellte der Gerichtshof diese Frage nicht; sondern beantwortete solche selbst.

Diese letztere Ansicht, daß nämlich die Geschworenen nicht zu prüfen haben, ob Concurrenz oder fortgesetztes Verbrechen vorliegt, stützt sich auf §. 279 der Str.P.O., wornach Thatumstände, welche nur auf die Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Strafgrenze, und auf die Frage, ob der Fall zu den schwereren oder zu den leichteren gehöre, Einfluß haben, nicht Gegenstand der Fragen an die Geschworenen sind; vergleiche Ammann zu §. 279 Note 7, und den Commissionsbericht des Abgeordneten Haager zu §. 278 der Str.P.O., wo der Grundsatz festgestellt wird, daß, wenn auch den Geschworenen die Beurtheilung der rechtlichen Qualification der Handlung überlassen ist, sich doch der Inhalt der Fragen nicht auf dasjenige erstrecken darf, was lediglich zur Straf-Frage gehört, es mag nun eine Frage von juristischer oder faktischer Natur sein Endlich wird dadurch, daß das Gericht berechtigt ist, im einzelnen Fall den, für das in Frage stehende Verbrechen speziell gedrohten Strafsatz zu verlassen, kein anderes Verbrechen gebildet, sondern nur die Strafausmessung geregelt, während die erschwerenden oder mildernden Umstände eine Unterart des Verbrechens bilden, und nur aus diesem Grunde die Geschworenen hierüber zu entscheiden haben.

Plank, Strafverfahren §. 138.

Digitized by Google

Die entgegenstehende in dem Grad'schen Fall zur Anwendung gekommene Ansicht entspricht zweien in Goldammers Archiv für preußisches Strafrecht Band III. S. 112 und 670 mitgetheilten Entscheidungen des königlichen Obertribunals. Die thatsächlichen Verhältnisse sind mit den unsrigen ziemlich gleichartig. Der Angeklagte Schnörr hat am 30. November, 1. und 3. Dezember 1853 in seines Dienstherrn Haus Feuer angelegt; der Angeklagte Lenzsky zündete in der Nacht vom 28. Juli 1855 das Schulhaus und die Wohnung des Wirthes W. an. In beiden Fällen haben die Vertheidiger eine Frage dahin beantragt, ob die der Zeit nach auseinanderliegenden verbrecherischen Handlungen als fortschreitende Ausführung einer, aus einem von vornenherein gefaßten Entschlusse hervorgegangenen That anzusehen seien?

Der Schwurgerichtshof hat beidemal diese Frage abgelehnt, weil das preußische Strafgesetzbuch ein fortgesetztes Verbrechen nicht kenne, und, wenn die Theorie die Annahme eines solchen gestatte, in den vorliegenden Fällen die Umstände der Art seien, daß nicht ein fortgesetztes, sondern verschiedene in sich abgeschlossene Verbrechen vorliegen. Die Angeklagten wurden wegen Brandstiftung, in realer Concurrenz verübt, verurtheilt. In beiden Fällen hat das Obertribunal Verfahren und Urtheil cassirt. Es wird unter Anderem ausgeführt, daß gerade, weil §. 56 des preußischen Str.G.B. bei realer Concurrenz eine Vereinigung der Strafen, also eine Straferhöhung, zuläßt, durch den Wahrspruch der Geschworenen festzustellen sei, ob eine solche Concurrenz vorliegt; letztere bilde ein wesentliches Merkmal der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung, es müsse somit nach Ansicht des Artikel 81 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 den Geschworenen hierüber bei Strafe der Nichtigkeit eine Frage vorgelegt werden.

Man vergl. die nähere Ausführung bei Goldammer und die Kritik in dem oben citirten Buch von John Seite 47 ff.

Mit dem Wortlaut unserer Strafprozeßordnung steht diese Ansicht nicht im Widerspruch; denn auch §. 278 der Str.P.O. verlangt die Aufnahme aller gesetzlichen Merkmale des Verbrechens in die Hauptfrage; und es ist sicher ein sehr wesentlicher Unterschied, ob Jemand ein Verbrechen in fortgesetzter Handlung oder mehrere Verbrechen verübt hat; auch §. 279 der Str.P.O. steht nicht entgegen, denn er bestimmt direkt nichts über die vorliegende Frage. Nichtsdestoweniger glaube ich, daß die Frage nach der Existenz der Möglichkeit eines fortgesetzten Verbrechens von dem Schwurgerichtshof, und nicht von den Geschworenen entschieden werden sollte. Außer den oben erwähnten Gründen, und der in dem Commissionsbericht ausgesprochenen Absicht eines Faktors der Gesetzgebung sprechen hierfür erhebliche praktische Gründe. Die Zahl der nach unserem Strafgesetzbuch an die Geschworenen zu stellenden Fragen ist ohnedies groß genug, und jedenfalls sind die gelehrten Richter besser befähigt, derartige immerhin complicirte Verhältnisse richtig zu beurtheilen. Blittersdorff.

114.

1) Zum Vollzug einer Vermögensabsonderung bedarf es nicht der Versteigerung des der Ehefrau zum Ersatz dienenden Vermögens.
2) Ist die Abtretung des Fahrnißvermögens zum Nachtheil anderer Gläubiger — nicht zulässig?
3) Ist die Abtretung von Liegenschaften nur insoweit ungiltig, als ihr wahrer Werth den Betrag der eheweiblichen Ersatzforderung übersteigt, und die Eheleute sich dessen bewußt sind?

In Sachen
des Isaac Herrmann, Isaac Hausmann, Veit Hausmann, Jak. Schweitzer und Joseph Hausmann, sämmtlich von Flehingen, Kläger, Appellaten, Oberappellanten,

gegen

Jakob Treutle's Eheleute von Flehingen, Beklagte, nunmehr die Treutle'sche Ehefrau allein, Appellantin, Oberappellatin,

Einsprache gegen eine Vermögensabsonderung betreffend,

hatten die Kläger, Gläubiger des Beklagten Treutle, mit der vorliegenden Klage den Vollzug der zwischen ihrem Schuldner und dessen Ehefrau erkannten Vermögensabsonderung angefochten, und begehrt, daß dieser Act insoweit wieder aufgehoben werde, als darnach die ehemännlichen und ehegemeinschaftlichen Liegenschaften, sowie alle Fahrnisse der beklagten Ehefrau zur Deckung

Digitized by Google

ihrer Ersatzansprüche an das ehegemeinschaftliche Vermögen zugewiesen wurden.

Durch Urtheil der II. Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe vom 26. Januar 1865, wurde dem Klaggesuch entsprochen, und der Vollzug der zwischen den Jakob Treutle'schen Eheleuten erkanten Vermögensabsonderung, insoweit dadurch die ehemännlichen und ehegemeinschaftlichen Liegenschaften, sowie die Fahrnisse — der Ehefrau des Jakob Treutle zugewiesen wurden, für ungültig erklärt.

Auf das Begehren um Versteigerung der Liegenschaften und Fahrnisse wurde aber erkannt, es finde hier nicht statt.

Durch Urtheil des Appellationssenats desselben Gerichtshofs vom 24. Juni v. J., No. 1503, ward aber das gedachte Urtheil der II. Civilkammer, soweit dagegen von der Treutle'schen Ehefrau appellirt worden, dahin abgeändert:

„Die Kläger werden mit ihrer, gegen die Jakob Treutle'sche Ehefrau erhobenen, Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen."

Auf die von den Klägern hiegegen ergriffene Oberappellation wurde sodann am 9. Januar 1866 von großherzoglichem Oberhofgericht zu Recht erkannt:

„Das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe sei, insoweit dadurch die Klage auf Wiederaufhebung der beim Vollzug der Vermögensabsonderung der Beklagten erfolgten Zuweisung der ehemännlichen und ehegemeinschaftlichen Liegenschaften an die beklagte Ehefrau abgewiesen wurde, zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben und das Urtheil der II. Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe wiederherzustellen ꝛc."

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist nur theilweise begründet.

Vollständig unbegründet ist sie insofern, als sie darauf gestützt wurde, daß die fraglichen Liegenschaften und Fahrnisse beim Vollzug der Vermögensabsonderung nicht einer öffentlichen Versteigerung ausgesetzt worden seien, während bei einer solchen ein Erlös zu erwarten gewesen wäre, welcher den im Absonderungsakt angenommenen Werthanschlag der Liegenschaften und Fahrnisse übersteigen und zur theilweisen Befriedigung der Kläger gedient haben würde. Denn es besteht keine gesetzliche Bestimmung, nach welcher die Vermögensbestandtheile eines Ehegatten, die er nach ausgesprochener Vermögensabsonderung zur Deckung der Ersatzansprüche des andern Ehegatten verwenden will, im Wege einer Versteigerung zu verwerthen wären, vielmehr ist im L.R.S. 1595 Ziff. 1 ausdrücklich gestattet, daß ein Ehegatte dem andern nach gerichtlicher Absonderung seine Güter im Stück an Zahlungsstatt abtrete.

Die Kläger machen zwar unter Berufung auf die L.R.S.S. 826 und 1476 geltend, daß der Bestand eines der Theilung unterworfenen ehelichen Gemeinschaftsvermögens auf Antrag der Gläubiger eines Ehegatten durch Versteigerung auf den wahren Werth gebracht werden müsse. Allein abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle keine eigentliche Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens stattfand, indem sich vielmehr die Ehefrau der Gemeinschaft entschlug, ihr eigenes Vermögen, soweit es noch vorhanden war, zurückzog und das ganze Gemeinschaftsvermögen dem Ehemann überließ, der ihr sodann dasselbe an Zahlungsstatt wieder abtrat, — konnten die Kläger nicht einmal behaupten, daß sie beim Vollzug der Vermögensabsonderung einen Antrag auf Versteigerung der ehegemeinschaftlichen Liegenschaften und Fahrnisse gestellt hätten, — wie denn auch die über die Absonderung aufgenommenen Protokolle weder die Stellung eines solchen Antrags, noch überhaupt irgend eine Intervention der Kläger nachweisen.

Dagen ist die Klage insofern begründet, als sie eine Beeinträchtigung der Rechte der Kläger darin findet, daß der beklagte Ehemann sein ganzes Vermögen seiner Ehefrau an Zahlungsstatt abgetreten hat. Bildete dieses Vermögen das gemeinschaftliche Unterpfand seiner Gläubiger, und war es bei der vorhandenen Ueberschuldung unter alle Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen zu vertheilen soweit nicht Vorzugs- oder Pfandrechte einzelner Gläubiger einen Vorrang vor den übrigen begründeten (L.R.S.S. 2093. 2094), so brachte seine vollständige Abtretung an die beklagte Ehefrau eine Benachtheiligung aller übrigen, mit ihr gleichberechtigten Gläubiger mit sich und kann daher von diesen als ungiltig angefochten werden, wenn sie zu dem Zweck geschah, um die Ehefrau vor ihnen zu begünstigen. (L.R.S. 1167. 1447 §. 726 der Pr.O.)

Dies war nun bei der Abtretung der Fahrnisse ohne Zweifel der Fall. Mußten nämlich beide Eheleute

Digitized by Google

wiſſen, daß die Ehefrau kein Vorrecht vor den Klägern auf Befriedigung aus dem Fahrnißvermögen beſaß, daß ſie ſich vielmehr bei der offen vorhandenen Ueberſchuldung des ehemännlichen Vermögens mit den Klägern in den Fahrnißerlös nach Verhältniß ihrer Forderungen zu theilen hatte, ließ ſie ſich aber gleichwohl das ganze Fahrnißvermögen an Zahlungsſtatt abtreten, ſo lag hierin eine gefährdevolle Benachtheiligung der Kläger, welche deren Antrag auf Annullirung der Abtretung als gerechtfertigt erſcheinen läßt.

Hieran kann der Umſtand nichts ändern, daß der beklagte Ehemann bei der Vermögensabſonderung nicht in eigener Perſon mitwirkte, ſondern durch einen Bevollmächtigten vertreten war. Denn, hätte er auch Letzterm keine ſpecielle Inſtruction zur Abtretung ſämmtlicher Fahrniſſe ertheilt, ſo hat er dieſelbe immerhin nachträglich factiſch genehmigt und ihre Gültigkeit im vorliegenden Prozeſſe vertheidigt. Wenn ferner die Beklagten in ihrer Vernehmlaſſung auf die Klage bemerkten, daß die Kläger gegen die Abtretung der Fahrniſſe ſchon früher Einſprache erhoben hätten, aber damit zurückgewieſen worden ſeien, ſo kann dieſes Vorbringen nicht als zur Elidirung der Klage geeignet erſcheinen, da nicht zugleich behauptet wurde, daß die Einſprache bei einem Gericht erhoben und von einem ſolchen zurückgewieſen worden ſei.

Was dagegen die Abtretung der Liegenſchaften betrifft, ſo kommt in Betracht, daß der beklagten Ehefrau für ihre Erſatzforderung an das ehemännliche Vermögen ein geſetzliches, den Klägern vorgehendes Pfandrecht an jenen Liegenſchaften zuſtand, und daß der Betrag ihrer Forderung den vom Waiſenrichter geſchätzten Werth der Liegenſchaften überſtieg.

Darnach würde ſich die zur Deckung jener Forderung geſchehene Abtretung der Liegenſchaften nur dann als eine gefährdevolle Benachtheiligung der Kläger darſtellen, wenn der wahre Werth der Liegenſchaften den Betrag der eheweiblichen Forderung überſtiegen, und ihr geringerer Werthanſchlag auf einem Einverſtändniß mit den beklagten Eheleuten beruht hätte. Da dies jedoch von den Klägern nicht behauptet werden konnte, ſo muß ihre Klage, inſoweit darin auch die Abtretung der Liegenſchaften angefochten wurde, als unbegründet erſcheinen. Red.

115.

Zur Auslegung des Satzes 1122.

Der Artikel 1122, welcher bei uns vom Urtext abweichend überſetzt iſt (vergl. Stabel Vorträge S. 94), bietet viele Schwierigkeiten dar.

Fälle, in welchen es auf richtige Auslegung deſſelben ankommt, treten in der Praxis ſehr oft hervor; es ſollen als Beiſpiele einige vorausgeſchickt werden.

A. hatte an B. ein Grundſtück verkauft, und dabei bedungen, daß ein darauf ſtehendes Gebäude abgeriſſen werden ſoll; ehe B. dieſer Verpflichtung nachgekommen war, hatte er das Grundſtück weiter an C. verkauft; kann nun A. gegen C. auf Abbruch des Gebäudes klagen?

A. hatte einen Gaſthof gekauft, welchen C. dem B. gebaut hatte; es zeigen ſich jetzt erſt Fehler der Bauart; iſt nun A. als Käufer zur Klage auf Gewährleiſtung gegen C. berechtigt?

Beim Verkaufe einer Mühle hatte ſich die Verkäuferin bedungen, daß der Käufer die Unterhaltung des ganzen Canales immerwährend auf eigene Koſten beſorge; kann auch gegen den ſpäteren Erwerber der Mühle auf Erfüllung dieſer vom Rechtsvorgänger übernommenen Verbindlichkeit geklagt werden?

Nach dem Wortlaute des S. 1122 ſcheint es, daß dieſe Fragen zu bejahen ſind, — da „héritiers“ und „ayants cause“ unterſchiedlos nebeneinander ſtehen.

Die unbedingte Bejahung hätte aber zur Folge, daß der Unterſchied zwiſchen dinglichen und perſönlichen Rechten aufgehoben, ja dem letzteren, dem perſönlichen Rechte, eine ſtärkere Wirkung als dem dinglichen beigelegt würde.

Letztere Folgerung leuchtet ein, wenn man erwägt, daß eine Dienſtbarkeit nicht in einem Thun beſtehen kann, während ſo durch bloſen Vertrag über eine Sache dem gegenwärtigen und künftigen Erwerber die Verpflichtung zu perſönlichen Leiſtungen aufgebürdet werden könnte.

Es wird dies an folgendem, der Wirklichkeit entnommenen Falle einleuchtend.

Beim Verkaufe eines Hofgutes wurde bedungen, daß der Käufer fortan durch ſeinen Hirten auch die Hut des Viehs des Verkäufers beſorgen zu laſſen habe.

Wäre ausgedrückt worden, daß dieſe Laſt als Dienſtbarkeit auf dem verkauften Hofgute ruhen ſoll, ſo würde jeder künftige Erwerber ſich auf S. 637. 698. 699 be-

Digitized by Google

rufen, wornach eine Dienſtbarkeit nicht in einer Handlung beſtehen kann.

Würde dagegen nur ein Geding, eine obligatoriſche Verpflichtung vorliegen und dem Satze 1122 eine ſolche ausgedehnte Auslegung gegeben werden, wie ſie aus deſſen allgemeiner Wortfaſſung hergeleitet werden kann, ſo wäre der künftige beſondere Rechtsfolger an die als perſönliche begründete Verbindlichkeit gebunden.

In der That kommen auch im Geſetzbuche Fälle vor, in welchen eine perſönliche Laſt gegen den beſonderen Rechtsfolger geltend gemacht werden kann, z. B. die Miethe, L.R.S. 1743, der Wiederkauf (1664).

Gleichwohl kann eine ſo ausgedehnte Auslegung, welche einen ſo ſchroffen Widerſpruch in das Geſetzbuch brächte, unmöglich gebilligt, und muß gerade aus den ſoeben angeführten beſonderen Entſcheidungen des Geſetzgebers gefolgert werden, daß auch er den S. 1122 nicht ſo allgemein verſtanden hat; denn ſonſt wäre es offenbar überflüſſig geweſen, beſagte Fälle ausdrücklich hervorzuheben.

Daß S. 1122 einſchränkend auszulegen ſei, hat insbeſondere Demolombe (Brüßler Ausgabe) Band XII. No. 276 ff. ausgeführt.

Er hat zunächſt nachgewieſen, daß unter „stipuler“ nicht blos ein Bedingen, ein ſich Verſprechenlaſſen, ſondern „contracter,“ alſo auch die Verpflichtung zu verſtehen iſt. Dieſes folgt ſchon daraus, daß für die Erben der allgemeinen Rechtsfolger Beides paßt, — oder vielmehr der Artikel bezüglich der Erben zu wenig ſagen würde, wenn er nur von dem Erwerbe von Rechten zu verſtehen wäre.

Gehen wir nun näher auf die Anſicht von Demolombe ein, ſo unterſcheidet er zwiſchen Erwerb von Rechten und zwiſchen Verbindlichkeiten. Es iſt ihm ohne weitere Ausführung beizupflichten, daß dingliche und ſachartige, acceſſoriſche Rechte auf den ayant cause übergehen.

Bezüglich der rein perſönlichen Anſprüche ſtellt er folgendes Beiſpiel auf:

Der Eigenthümer eines Grundſtückes ſchließt einen Vertrag ab, wornach ihm ein Anderer ein Gebäude darauf errichten ſoll, er verkauft ſolches; kann nun der Käufer gegen den Bauakkordanten auf Erfüllung klagen?

Die Frage wäre nach der Anſicht von Delvincourt, Toullier (welche ſich auf den allgemeinen Wortlaut des Art. 1122 ſtützen) zu bejahen, nach Aubry et Rau *) zu verneinen.

Demolombe dagegen will mit der Unterſcheidung helfen, ob dem Rechte des Verkäufers zugleich eine Verpflichtung gegenüberſtehe oder nicht.

Im letzteren, ſeltenen Falle, wenn z. B. der Bau nur verſprochen worden wäre, um eine früher beſtandene Schuld auszugleichen; ſolle auch der Käufer aus dieſer Uebereinkunft klagen können, nicht aber im erſteren Falle.

Daß dieſe Löſung der Streitfrage nicht genügend iſt, ergibt ſich ſchon daraus, daß ſie ſich in einem Cirkel bewegt.

Es müßte nämlich die Vorfrage entſchieden ſein, wann denn der beſondere Rechtsfolger an die Verpflichtung gebunden ſei, welche dem Rechte entſpreche, das er für ſich lediglich als Rechtsfolger in Anſpruch nimmt? Gerade dieſe Vorfrage behandelt aber Demolombe ziemlich unvollſtändig. Immerhin verneint er, daß der ayant cause an Verſprechen gebunden ſei, welche weder ein dingliches noch ein ſachartiges Verhältniß (jus in rem scriptum) begründet haben, er führt ſogar auf einmal aus, daß stipuler bezüglich der Erben „stipulations et promesses,“ hinſichtlich der Rechtsfolger nur „stipulations“ umfaſſe.

Allein ganz abgeſehen von der angeregten Vorfrage entbehrt die Unterſcheidung von Demolombe jedes inneren Grundes.

Man muß vielmehr davon ausgehen, daß eine ausdehnende Auslegung des Art. 1122 zu zweierlei Sonderbarkeiten führt.

Einmal ſteht ſie mit den Art. 1119 und 1165 in Widerſpruch, wornach Verträge nur zwiſchen denjenigen ihre Wirkung äußern, welche ſie geſchloſſen haben — denen die Erben ſelbſtverſtändlich gleich ſtehen — ſodann aber würde man dazu gelangen, daß perſönlich übernommene Verpflichtungen ſtärker wirken als ſelbſt Dienſtbarkeiten, die doch nie in einer Leiſtung beſtehen können. Die nächſte Frage iſt alſo die, ob das Geſetz ſo ausgelegt werden darf, daß man zu ſolchen Widerſprüchen und Ungereimtheiten gelangt. Muß dies — wohl ohne Zweifel — verneint werden, ſo bleibt nur noch übrig, zu erklären, was denn dem Worte „Rechtsfolger“ in S. 1122 für eine Bedeutung übrig bleibt.

Dieſe Erklärung kann nur dahin ausfallen, daß es

*) Br. Ausg. Bd. I. §. 182 S. 176.

Digitized by Google

für solche Verträge Sinn hat, durch welche dingliche oder sachartige Rechte begründet werden, oder von welchen das Gesetz selbst sagt, daß sie auch gegen die besonderen Rechtsfolger Wirkung äußern, z. B. 1743. 1664. 1681.

Nach dieser Ausführung wäre also, um auf die im Eingang hervorgehobenen Beispiele zurückzukommen, zu verneinen, daß ohne Weiteres, blos nach S. 1122, gegen den Erwerber des Grundstückes auf Niederreißung des Gebäudes, gegen den Käufer der Mühle auf den Bau des Canales, gegen den weiteren Käufer des Hofgutes auf Stellung des Hirten, daß vom Käufer des Gasthofes gegen den Erbauer auf Gewährleistung geklagt werden kann. *)

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß überdies ein weites Gebiet der Anwendung des S. 1122 auf besondere Rechtsfolger für die Fälle übrig bleibt, in welchen ein vertragsmäßiges Recht besonders übertragen worden ist, oder kraft einer besonderen gesetzlichen Vorschrift (S. 1166) geltend gemacht wird.

In solchen Fällen nämlich kann natürlich der Rechtsfolger alle Nebengedinge ebensogut für sich anrufen, wie er sie gegen sich gelten lassen muß. Dreyer.

*) Ob sich der Käufer als Beschädigter zur Sache legitimiren könne, ist eine andere Frage.
Vergl. Annalen 1868 S. 234.

116.

Ueber das Vergehen der Körperverletzung.

1) Ein — wenn auch nicht besonders bedeutender, bleibender Nachtheil am Körper oder an der Gesundheit hat größere strafrechtliche Bedeutung, als eine Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit von 14 Tagen.
2) In der nicht mehr zu hebenden Lockerung zweier Zähne liegt ein solcher bleibender Nachtheil.
3) Der Verlust der beiden untern Schneidezähne erzeugt eine „weniger auffallende Verunstaltung."
4) Zur Aburtheilung solcher Körperverletzungen nach §. 232 Ziff. 3 des Strafgesetzbuchs erscheint die Strafkammer des Kreisgerichts, und nicht das Amtsgericht, als zuständig.

Vorstehende Sätze wurden von dem großh. Oberhofgericht, an welches die Untersuchung gegen Bonifaz Ebner von Niedermühle wegen Körperverletzung in Folge einer von der Staatsanwaltschaft gegen die von der Raths- und Anklagekammer beschlossene Zurückweisung an das Amtsgericht ergriffene Beschwerde gelangte, in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 27. Juni 1868 ausgesprochen und dabei ausgeführt:

„Durch Ziffer 3 der Beilage I. zur Gerichtsverfassung ist das Verbrechen der Körperverletzung im Affect auch in den leichtesten Fällen des Strafgesetzbuchs §. 232 Ziffer 3, nämlich in den der Ziff. 5 des §. 225 entsprechenden, nur unter der Voraussetzung, daß die verursachte Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht über 14 Tage dauerte, der Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte überwiesen worden, wogegen in Fällen, in denen irgend ein bleibender Schaden, wenn auch nur von der in §. 225 Ziff. 5 bezeichneten geringeren Art, als Folge der Verletzung sich ergab, die Sache nach §. 26 der Gerichtsverfassung vom Kreisgericht zu erledigen ist, wie sich aus der Fassung der erwähnten Gesetzesstellen und aus der Erwägung ergibt, daß eine bleibende Beschädigung stets von größerer Bedeutung ist, selbst wenn sie nach ihrer Beschaffenheit nicht besonders erheblich erscheint.

Eine solche bleibende Beschädigung ist nun aber nach Maßgabe der Gutachten der großh. Untergerichtsärzte sowie des großh. Kreismedicinalreferenten, namentlich auch nach dem Ergebniß der Nachbegutachtung allerdings hier als vorhanden anzusehen; denn in der verursachten nicht mehr zu hebenden Lockerung der beiden untern Schneidezähne des Verletzten liegt jedenfalls eine erhebliche Beschränkung desselben im Gebrauche eines Gliedes und überdieß in dem nach den Umständen als unausbleiblich anzunehmenden Verluste der genannten beiden Zähne eine minder auffallende Verunstaltung im Sinne des Gesetzes.

Vergl. Schürmayer, gerichtliche Medicin §. 216 Anmerkung.
v. Jagemann, Beiträge, S. 400.

Hiernach ist die erhobene Beschwerde der großh. Staatsanwaltschaft begründet und ihrem Begehren stattzugeben."

Digitized by Google

117.

Aus dem Gantprozeß.

1) Die Erschöpfung des Massevermögens durch Vorauszahlungen auf Grund des Ordnungsbescheids kommt der in §. 828 der Pr.O. geordneten Beendigung der Gant nicht gleich.
2) Die Massevertreter können einem einzelnen Gläubiger die Fortführung eines von ihnen begonnenen Rechtsstreits zum Zwecke seiner Befriedigung überlassen.

   §. 114 der Pr.O.
   L.R.S. 2010 b. g. h.
   §§. 819. 3. 825. 2.
3) Durch die allgemeine Ermächtigung des Massepflegers zu einer Gattung von Verwaltungshandlungen ist er von der Verpflichtung befreit, in jedem einzelnen Falle, wo eine solche Verwaltungshandlung nöthig wird, die besondere Ermächtigung zu deren Vornahme auf Kosten der Masse einzuholen.
4) Zählgeld darf nicht blos für baar eingehende, sondern auch für wettgeschlagene Massestände berechnet werden.
5) Dadurch allein, daß der Massepfleger für noch nicht verfallene Zahlungen sich mit dem Zins bis zum Zahlungstage begnügt, wird er der Masse nicht ersatzpflichtig.
6) Die nicht näher begründete Behauptung, der Massepfleger habe eingegangene Massegelder in eigenen Nutzen verwendet, genügt nicht, um den L.R.S. 1996 gegen ihn anwenden zu können.

In Sachen
der Gantmasse des verstorbenen Rosenwirths Joseph Göldner in Bruchsal, Klägerin, Appellantin — jetzt der Wittwe Göldner, Oberappellantin
gegen
die Erben des verstorbenen Altbürgermeisters Ferdinand Engelhardt in Bruchsal, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten,
Forderung betr.

Altbürgermeister Engelhardt in Bruchsal war Massepfleger in der Göldner'schen Gant. Es wurde ihm nach abgelegter Rechnung ein Receß gezogen, den er beanstandete. Nachdem längere Verhandlungen zu keiner Verständigung geführt hatten, erhoben die Vertreter der Gläubiger einen Rechtsstreit gegen dessen Erben, welche die Legitimation der Vertreter der Gantmasse beanstandeten, weil die Gant dadurch, daß der Ordnungsbescheid vom 30. November 1850 seiner Zeit, soweit die Gantmasse ursprünglich reichte, durch Vorauszahlungen vollzogen worden — längst erledigt sei. Allein das großh. Oberhofgericht sprach in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 10. Juni 1869 aus, das Beruhen des Gantverfahrens nach Erschöpfung des Massevermögens kommt der in §. 828 der Pr.O. bezeichneten Beendigung der Gant keineswegs gleich und könne namentlich dem Bemühen der Gläubiger, weitere Zahlungsmittel durch Beitreibung von Ausständen flüssig zu machen, nicht entgegengehalten werden.

Die Massevertreter hatten den Austrag des Rechtsmittels der Oberappellation der Wittwe des Gemeinschuldners überlassen. Das großh. Oberhofgericht hielt auch diese Gläubigerin für legitimirt, da es keinem Zweifel unterliege, daß dieselbe zur Beibringung der zu ihrer Befriedigung nöthigen Mittel einen von den Gläubigern zu diesem Zwecke ihr überwiesenen Massestand auf ihre Kosten flüssig zu machen berufen ist. §. 732. 3 der Pr.O.

Vergl. §. 819. 3, §. 825. 2 der Pr.O. und §. 273 Abs. 2, §. 274 der preußischen Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855.

Die Oberappellationsbeschwerden gegen die Verwerfung der, gegen einzelne Rechnungsansätze erhobenen Beanstandungen erschienen aber dem großh. Oberhofgericht nicht als begründet.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 17.**

(Schluß von Art. 117.)

Die Entscheidungsgründe besagen in dieser Beziehung Folgendes:

1) Die Gläubiger können dem Massepfleger, welchem in der Tagfahrt vom 3. April 1850 das Vertrauen geschenkt wurde, daß ihm die Anordnung etwa nöthiger Reparaturen ohne Vorbehalt überlassen worden ist, seine bescheinigten Auslagen, die den Umfang und den Zweck seiner Verwaltung nicht überschreiten, nicht aus dem Grunde beanstanden, weil er zu diesen Verwendungen für die Masse — keine besondere Ermächtigung eingeholt habe. §. 732. 1 der Pr.O.

Vergl. L.R.S. 1135. 1989. 1992.

Beweiseinreden gegen einzelne der vorgelegten Quittungen sind aber nicht vorgetragen.

2) Die Belohnung des Massepflegers für seine, mit mannigfacher Verantwortlichkeit verbundene Mühewaltung (L.R.S. 1986), kann in verschiedener Weise vereinbart werden. Wird, wie dies gewöhnlich geschieht, ein Zählgeld bewilligt, so kommen nicht blos die Summen in Berechnung, welche baar eingehen, sondern alle in Einnahme verrechneten Beträge bilden den Maasstab für die von dem Massepfleger anzusprechende Belohnung.

Hiernach erscheinen die noch in dieser Instanz gegen einzelne Ansätze von Zählgeld vorgetragenen Beschwerden unbegründet; denn der Kaufpreis für Fahrniß, welchen Wittwe Göldner in die Masse zu zahlen hatte, ist dadurch, daß sie ihn gegen ihre Forderung an die Masse wettschlug, der Einnahme nicht entzogen, auch kann der zufällige Umstand, daß der Massepfleger 12,000 fl., welche die Gemeinde Bruchsal in die Masse zu zahlen hatte, auf dem Rathhaus in seinem Geschäftszimmer in Empfang nahm, demselben den Anspruch auf Zählgeld nicht entziehen.

3) Zur Vergütung von Zinsausfällen wäre der Massepfleger verpflichtet, wenn er sich einer Gefährde oder eines Versehens schuldig gemacht hätte. L.R.S. 1992.

Darin aber, daß er die Zahlung verzinslicher Zieler vor der Verfallzeit annahm und sich mit dem Zins bis zum Zahlungstage begnügte, daß er ferner eingegangene Gelder nicht jeweils sofort wieder anlegte, kann an und für sich und beim Mangel spezieller Weisungen noch kein Grund zu Ersatzansprüchen gefunden werden, §. 732. 3. 4 der Pr.O., vergleiche L.R.S. 455. 1187 — und hier umsoweniger, als der Massepfleger nach den besondern Verhältnissen in dieser Gant zu den Vorauszahlungen, die er an bevorrechtete Gläubiger zu leisten hatte, und zur Bestreitung des nicht unbedeutenden Verwaltungsaufwands Baarvorräthe in der Kasse nöthig hatte.

4) Die in L.R.S. 1996 vorgesehene Verwendung in eigenem Nutzen kann nur da angenommen werden, wo sie mit den näheren Umständen der Zeit, des Betrags und der Art bestimmt angegeben und erwiesen wird. L.R.S. 1117 b.

Die allgemeine Behauptung, daß der Beklagte Massegelder in eigenen Nutzen verwendet habe, genügt hiernach nicht. Red.

118.

1) Ein der Signification einer Cession vorausgehender Beschlag auf die Forderung hindert den debitor cessus an der gefahrlosen Zahlung an den Cessionar.
2) Der Gläubiger, welcher vor der Signification der Cession einen Beschlag auf die Forderung erwirkt, geht dem Cessionar für den Betrag seiner Forderung vor.
3) Es ist einerlei, ob der Beschlag ein Sicherheits- oder ein Vollstreckungsbeschlag ist.
4) Ein erst nach der Signification erfolgter Beschlag ist unwirksam.
5) Der Versuch der Signification ersetzt die wirkliche Signification nicht.
6) Die Erwerbung einer privilegirten oder hypothekarischen Forderung, etwa durch Beschlag, braucht nicht in das Pfandbuch eingetragen zu werden.

Digitized by Google

7) Der Eintrag der Cession in das Unterpfandsbuch ersetzt die von L.R.S. 1690 vorgeschriebene feierliche Bekanntmachung nicht.

Siehe Annal. 1868 Ziff. 24 S. 45.

Am 20. Februar 1867 erwirkte das Bankhaus Köster, vom Rath und Comp. gegen Moses und Gustav Richheimer als Käufer des früher von Jacob Marx besessenen Hauses einen unbedingten Befehl auf Zahlung von 4000 fl. nebst 5 pCt. Zinsen aus 8000 fl. vom 19. Juni 1866 auf Grund einer von Marx angenommenen Cession des hälftig je auf 1. Januar 1867 und 1868 fälligen Restkaufschillings. Gegen diesen Befehl wurde Seitens der Richheimer Einsprache erhoben und in Folge derselben der unbedingte Befehl sowohl für einen Betrag von 330 fl, als für einen Betrag von 2304 fl. 45 kr. nebst Zinsen und Kosten aufgehoben, für den Restbetrag aber bestätigt. Die letztere Entscheidung, das Verhältniß des Cessionars zum Beschlagsgläubiger betreffend, bietet jedenfalls Interesse und theilen wir die Entscheidungsgründe zum Urtheil der großh. Civilkammer und des Appellationssenats Mannheim bezüglich dieser Frage mit; erstere enthalten auch das thatsächliche Material.

Entscheidungsgründe der Civilkammer.

„Die Beklagten, Einspruchskläger, trugen vor, sie seien nicht in der Lage, den Restbetrag (abzüglich der 330 fl., welcher Punkt nicht erörtert werden soll) zu bezahlen, weil Seitens zweier Gläubiger des Jakob Marx auf den ausstehenden Kaufschillingsrest gerichtlicher Beschlag und Zuweisung an Zahlungsstatt erwirkt worden sei. Aus den Akten ist zu ersehen, daß die Handlung Gebrüder Zimmern und Comp. für eine Forderung von 2304 fl. 45 kr. nebst 6 pCt. Zinsen vom 29. Juli 1866 und 100 fl. Prozeßkosten unterm 8. August (zugestellt 9./13. August) 1866 Sicherheitsarrest auf das Guthaben des Jakob Marx an Gustav und Moses Richheimer und zwar, wie sich aus dem Arrestgesuche ergibt, auf das Guthaben für ein verkauftes Haus, bei der Civilkammer erwirkte, welcher Arrest durch Erkenntniß vom 1. September 1868, No. 2268, für gerechtfertigt und fortdauernd erklärt wurde, worauf beim Amtsgerichte Mannheim unterm 8. Oktober Vollstreckungsbeschlag und unterm 17. Dezember Zuweisung an Zahlungsstatt erfolgte. Ebenso ergibt sich aus den Acten des großh. Amtsgerichts Mannheim, daß Gottschalk Sohn, nachdem er am 1. Oktober 1866 gegen Jakob Marx für fl. 4200 und Zinsen Liquiderkenntniß erwirkt hatte, unterm 29. Oktober 1866 einen Beschlag auf den Restkaufschilling des G. und M. Richheimer und am 3. Dezember 1866 die Zuweisung an Zahlungsstatt erlangte. Während nun die Beklagten behaupten, daß der unbedingte Befehl völlig aufgehoben werden müsse, da die Signification der Cession erst unterm 17. September 1866, also nach der Arresterwirkung durch Zimmern erfolgt und es Sache des Einspruchsbeklagten sei, vorerst in einem Verfahren gegen die Arrestimpetranten die Ansprüche an das gemeinschaftliche Befriedigungsobject zur Geltung zu bringen, bestreitet man Seitens des Einspruchsbeklagten den angelegten Beschlägen alle Bedeutung und Wirkung und behauptet das unbedingte und unbeschränkte Eigenthum an dem cedirten Restkaufschillinge, indem behauptet wird, die beiden Schuldner hätten schon kurz nach der Cession und jedenfalls vor dem 9., beziehungsweise 13. August Kenntniß von der Cession erhalten; überdies handle es sich hier um das Eigenthum an einer hypothekarischen Forderung, das gegenüber Dritten nur durch Eintrag des Erwerbtitels in den Grund- und Pfandbüchern erworben werde; Kläger hätten unterm 24. August 1866 die Rechtsübertragung in das Pfandbuch eintragen lassen, ohne daß ihnen andere Einträge von Gläubigern des Jakob Marx im Wege gestanden seien, sie seien daher allen Dritten gegenüber unbeschränkte Eigenthümer dieser Forderung.

Selbst wenn aber die Cession erst mit der Signification Dritten gegenüber wirke, gingen Kläger den andern Gläubigern vor, weil der vorher von Gebrüder Zimmern erwirkte Beschlag nur ein Sicherheitsbeschlag gewesen sei, während der von Sohn erwirkte Beschlag, weil nach der Signification der Cession eingetreten, eine Wirksamkeit ihnen gegenüber überhaupt nicht äußern könne. Die Ausführungen der Kläger erscheinen indessen nur bezüglich des letzten Punktes begründet, im Uebrigen verdienen die Behauptungen der Einspruchskläger rechtlichen Vorzug.

Nach L.R.S. 1690 erlangt der Cessionar den Besitz gegen dritte Personen, also insbesondere gegen die Gläubiger des Cedenten, nur durch feierliche Bekanntmachung der geschehenen Uebertragung an den Schuldner (Signification) oder durch beweisende Urkunde des Schuldners, wornach dieser die Uebertragung annimmt (Acceptation); eine zufällige frühere Kenntniß des Schuldners ist gegen-

Digitized by Google

über Dritten absolut unwirksam und es kann deßhalb auf die angeblich vor dem 9., beziehungsweise 13. August 1866 erlangte Kenntniß der Cession Seitens der Einsprachskläger und auf die deßfalls erfolgte Eideszuschiebung nicht ankommen. Dritten gegenüber dauert die Dispositionsfähigkeit des Cedenten bis zur erfolgten Signification fort, indem die früher erfolgte Cession in ihrer Wirkung gegen Dritte, als auf den Zeitpunkt der Signification erfolgt, gedacht werden muß.

Zachariä, II. §. 359.
Boileux, commentaire V. S. 798 - 799.
Marcadé, explication VI. S. 324 ff.

Eine Eintragung der Cession im Pfandbuche kann den Mangel der Signification, die absolut vorgeschrieben ist, nicht ersetzen, und vergeblich beruft sich der Einsprachsbeklagten Anwalt auf die Eigenschaft der cedirten Forderung als einer hypothekarischen, indem das Gesetz hierin keinen Unterschied macht.

Unbestritten ist aber im vorliegenden Falle ein Gläubiger des Cedenten der Signification zuvorgekommen mit der am 8. August erwirkten, am 9., beziehungsweise 13. August den beiden Schuldnern zugestellten Beschlagsverfügung. Dieselbe stellt zwar keinen Vollstreckungsbeschlag, sondern einen Sicherheitsbeschlag dar, allein der Unterschied, auf welchen deßhalb der Anwalt der Einsprachsbeklagten abgehoben hat, besteht in Rechten nicht; der Arrestprozeß des Titels XXVIII. der Pr.O. stellt ein Verfahren dar, welches mit der Vollstreckung beginnt und mit dem Augenblicke der Arrestanlage wird dem Arrestbeklagten die Disposition über die mit Beschlag belegte Forderung entzogen. Nur darüber herrscht Streit in der Wissenschaft, wieweit diese Entziehung der Disposition geht.

Nach dem älteren französischen Rechte nahm man an, daß durch den Beschlag die ganze durch den betreffenden Schuldner dem Arrestimpetraten geschuldete Summe ergriffen werde,

> que l'opposition place sous la main de justice la totalité des sommes dues par le saisi,
>
> Boileux, V. p. 801,

und daher stammt die Controverse, ob der nach erfolgter saisie-arrêt significirende Cessionar als solcher, oder als saisissant eintrete und wie sich das Verhältniß des saisissant antérieur, des cessionaire und des saisissant postérieur gestalte. Allein während unbestritten ein vor der Notification oder Acceptation der Cession erfolgter Beschlag dieselbe Wirkung hervorbringt, wie wenn er der Uebertragung selbst vorangegangen wäre,

> la saisie pratiquée avant la notification ou l'acceptation, produira le même effet que si elle avait précédé le transport: les tiers n'avaient pas acquis une connaissance légale de cet acte; ils sont fondés à prétendre, que la cession est postérieure à la saisie,
>
> Boileux, V. S. 799,

kann für das neue französische Prozeßrecht und ebenso für das badische Recht einem Zweifel nicht unterliegen, daß nicht die ganze ausstehende Forderung, die als Sicherungsobject gewählt ist, durch den Beschlag ergriffen wird, sondern nur der Betrag, für welchen die Sicherheit begehrt wird.

Art. 559 des code de proc. civ. schreibt ausdrücklich, was im alten Rechte fehlte, vor:

> que tout exploi de saisie-arrêt ou opposition, fait en vertu d'un titre, contiendra l'énonciation du titre et de la somme pour laquelle elle est faite,

und durch den Tribunen Favard ist dazu ausdrücklich bemerkt worden:

> Le débiteur ne verra saisir ses effets que jusqu'à concurrence de la dette présumée.

Unsre Prozeßordnung enthält zwar in §§. 606 Ziff. 3 607 Ziff 3 diese Vorschrift nicht ausdrücklich, allein es ist klar, daß ein Arrest über die Höhe des durch ihn zu sichernden Anspruches hinaus schon deßhalb nicht eintritt, weil er neben völliger Nutzlosigkeit für den Arrestkläger eine unnütze Beschränkung des Arrestbeklagten enthalten würde; Letzterer muß vielmehr die freie Verfügungsgewalt über den mit Beschlag belegten Betrag hinaus behalten. Eben deßhalb aber, weil nach richtiger Auffassung dieser Rest cedirt werden kann, ist die Frage über die Stellung der saisissants postérieurs, die bei den Schriftstellern so vielen Streit verursacht hat, dahin zu entscheiden,

> que les saisissants antérieurs au transport profitent seuls des sommes pour lesquelles ils ont saisi,

daß der Cessionar alles das erhält, was über die vor der Signification erfolgten Beschläge hinausgeht, und daß der Signification nachfolgende Arreste wirkungslos sind:

> que les saisissants postérieurs à la signification

Digitized by Google

du transport ne peuvent rien réclamer au préjudice du premier saisissant ni du cessionnaire.

Sirey, codes annotés, art. 1690 nro. 76 ff., besonders No. 80. 83. 85.

Marcadé, loco cit.

Es mußte deßhalb der unbedingte Befehl für den Betrag aufgehoben werden, für welchen Gebrüder Zimmern und Comp. am 8. August Beschlag erwirkten, dagegen war derselbe für den sich ergebenden Restbetrag zu bestätigen, weil der von Sohn erwirkte Arrest wegen der vorausgegangenen und significirten Cession eines Gegenstands entbehrte."

Der Appellationssenat bestätigte mit einer unwesentlichen Modification das erstinstanzliche Urtheil. Aus den Gründen heben wir hervor:

1) Mit Unrecht bestreiten die Kläger, daß der Sicherheitsbeschlag, den Zimmern und Comp. unter dem 8. August 1866 auf das Guthaben ihres Schuldners Marx an beide Richheimer erwirkt haben, und welcher den Letzteren am 9./13. August zugestellt wurde, der Wirksamkeit der an die Kläger geschehenen Rechtsübertragung entgegenstehe, denn damit ein Sicherheitsbeschlag vom Gesetzgeber eingeführt werden konnte und seinen Zweck erfülle, mußte er dem Schuldner die Verfügungsgewalt über den mit Beschlag belegten Gegenstand entziehen. Welche Rechte der Gläubiger durch den Beschlag erlange, ist hier insofern außer Frage, als kein Streit mehrerer Gläubiger über den Vorzug der Rechte eines Jeden vor denen der Andern in Beziehung auf den Gegenstand des Beschlags, sondern allein in Frage steht, ob die Kläger dem Schuldner gegenüber ihre Sachberechtigung nachgewiesen haben. Dies ist zu verneinen, weil die unbeschränkte Fähigkeit des Rechtsgebers der Kläger, über den fraglichen Hauskaufschilling zu verfügen, neben dem Sicherheitsbeschlag nicht besteht.

L.R.S. 1242.

2) ꝛc.

3) Die Behauptung der Kläger, daß sie nicht erst am 17. September 1866 mit der feierlichen Bekanntmachung der Rechtsübertragung vom 19. Juni 1866 an die Beklagten, sondern schon vorher und zwar vor dem 9./13. August in Besitz der eingeklagten Kaufschillingsforderung gekommen seien, indem die Beklagten schon vor der Zustellung der Beschlagsverfügung Kenntniß von der Rechtsübertragung erhalten haben, auch Notar Issel im Auftrage der Kläger bereits am 21. und 28. Juni, 6. und 13. Juli und 3. August 1866 zur Eröffnung der Rechtsübertragung in die Wohnung und in das Geschäftslocal der Beklagten sich begeben, dieselben aber nicht angetroffen habe, ist gänzlich unbegründet. Die Kläger berufen sich zwar auf die Fassung des L.R.S. 1690, welche von der im französischen Urtexte abweicht. Gleichwohl leidet die Erstere keine von der Letzteren wesentlich verschiedene Auslegung, denn die Bestimmung, daß der Rechtsnehmer den Besitz der Forderung gegen dritte Personen erlange „auch durch feierliche Bekanntmachung an den Schuldner oder durch beweisende Urkunde des Schuldners, welche sagt, daß er die Uebertragung annehme," kann, ohne zu Ungereimtheiten zu führen, nicht anders verstanden werden, als daß auch eine auf anderem Wege erlangte Kenntniß des Schuldners die bemerkte Wirkung habe, sofern sie beschaffen und nachweisbar sei, wie die durch feierliche Bekanntmachung an den Schuldner oder beweisende Urkunde des Schuldners gewonnene Kenntniß. Allerdings kann unter Umständen auch die blos persönliche Kenntniß außerhalb der Fälle des L.R.S. 1690 die Wirkung der Besitzübertragung gegen Dritte haben; dazu aber wird erfordert, daß der vorgeschützte Mangel einer Kenntniß nach L.R.S. 1690 durch den Nachweis einer dabei unterlaufenen Gefährde beseitigt werde, ein Erforderniß, dem die Kläger nach keiner Richtung genügt haben, da sie bei den Beklagten keine unredliche Absicht, und bei Zimmern und Comp. nicht einmal eine Kenntniß von der Rechtsübertragung behauptet haben.

Wenn endlich die Kläger schon den oben erwähnten Versuchen durch Notar Issel, den Beklagten die geschehene Rechtsübertragung zu eröffnen, die Wirkung der vollzogenen feierlichen Bekanntmachung beilegen wollen, so ist dagegen zu erinnern, daß nur zufolge besonderer gesetzlicher Vorschrift der bloße Versuch einer verordneten Eröffnung an den Schuldner der wirklich vollzogenen Eröffnung gleichgestellt werden darf, es aber hier an einer solchen Vorschrift fehlt.

4) Die Kläger beschweren sich, daß ihre Rechte nicht denjenigen der Gebrüder Zimmern und Comp. vorgesetzt wurden, ungeachtet sie die Rechtsübertragung vom 19. Juni, Letztere dagegen nicht den Beschlag vom 8. August in das Unterpfandsbuch haben eintragen lassen. Die Erwerbung einer privilegirten oder hypothekarischen Forderung, und um eine solche handelt es sich hier, beruht

Digitized by Google

aber dritten Personen gegenüber gerade auf dieser Eintragung.

Was nun zunächst den Vorzug der Rechte der Kläger vor denen der Gebrüder Zimmern anbelangt, so handelt es sich allein um die Frage, ob die Beklagten durch den Beschlag vom 8. August verhindert seien, anders als auf eigene Gefahr und Kosten an die Kläger zu zahlen. Dies ist zu bejahen, ohne daß die Unterlassung der Eintragung des Beschlags in das Unterpfandsbuch daran etwas änderte. Denn die Gesetze schreiben zur Wirksamkeit des Beschlages auf ausstehende Forderungen nirgends den Eintrag in öffentliche Bücher vor (Pr.O. §§. 606 Ziff. 3. 910 ff., vergl. §. 263), und wäre auch kein genügender Grund zu einer solchen Vorschrift vorhanden gewesen, da einerseits der Zweck, den Betheiligten Gewißheit zu verschaffen, ob und unter welchen Bedingungen und Einschränkungen der Gläubiger die Forderung besitze, doch nicht, oder doch nur sehr unvollständig durch die Eintragung eines Beschlags oder einer Rechtsübertragung hätte erreicht werden können, andererseits dem Verkehr dadurch eine Fessel wäre angelegt worden, die nicht durch höhere Rücksichten geboten war.

Damit ist auch bereits die Behauptung der Kläger widerlegt, daß der Besitz einer Unterpfands- oder Vorzugsforderung gegen dritte Personen durch die Eintragung des Erwerbtitels erlangt werde, denn da die Gesetze den Eintrag der Uebertragung einer solchen Forderung in öffentliche Bücher nicht vorschreiben, nur durch eine derartige Vorschrift aber die gesetzliche Vermuthung begründet werden könnte, daß die Rechtsübertragung allen Betheiligten bekannt sei, so kann auch der Eintrag nicht die durch L.R.S. 1690 zur Besitzerlangung gegen Dritte vorgeschriebene feierliche Bekanntmachung an den Schuldner ersetzen.

Uebrigens ist zu bemerken, daß der klägerischen Anfechtung des Beschlags vom 8. August wegen mangelnden Eintrags eine Verwechselung mit den Vorschriften über die Anlegung eines Beschlags auf unbewegliche Sachen zu Grunde zu liegen scheint. Bei den Letzteren wird der Eintrag erfordert, weil sie mit Unterpfandsrechten belastet werden können und hinsichtlich dieser der Grundsatz gilt, daß sie durch den Eintrag gesichert werden, womit nicht vereinbar wäre, daß ein Beschlag ohne Eintrag wirksam sei. Die gleichen Rücksichten finden aber keine Anwendung auf Forderungen, da diese, auch wenn ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht damit verbunden ist, zu den beweglichen Sachen gehören, als solche kein Gegenstand eines Unterpfands sind und darum einem gegen Dritte wirksamen Beschlag unterworfen werden können, auch ohne Eintrag des Beschlags."

Heinsheimer.

119.

Kassationsfall.

1) Wo der Beweis der Wahrheit nicht zugelassen worden ist, kann eine wesentliche Verletzung des Verfahrens bezüglich dieses Beweises nicht behauptet werden.
2) Die Nichtigkeitsbeschwerde findet nicht statt gegen Beschlüsse, die nicht in — sondern schon vor der Hauptverhandlung — wenn auch bei dem später erkennenden Gerichtshofe — ergangen sind. §. 373. 3 der Str.P.O.
3) In der Ausübung des, auch dem Vorsitzenden der Rekurskammer zustehenden discretionären Ermessens kann eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens nur ausnahmsweise dann gefunden werden, wenn ein Gewaltsmißbrauch durch Verletzung solcher Vorschriften behauptet wird.
4) Wegen unrichtiger Entscheidung der Beweisfrage findet eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht statt.

J. A.S.
gegen
Johann Georg Müller, ledig von Weinheim,
wegen Ehrenkränkung des Bürgermeisters Weisbrod, Gemeinderath Schick, Feldhüter Rutz, Stephan Hofmann und Martin Schröder von da,

hatte der Angeklagte gegen das Urtheil der Rekurskammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim aus verschiedenen Gründen die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeführt, welche aber durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 7. Dezember 1867 verworfen wurde.

Zum Beweise, wie sehr und wie oft noch That- und Beweisfragen den Nichtigkeitsbeschwerden zu Grund gelegt

Digitized by Google

und mit Nichtigkeitsgründen vermengt werden, möge dieser Fall, den ich mittheile, dienen.

a) Ueber die angeblichen Verletzungen wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bezüglich des von dem Angeklagten angetretenen Beweises der Wahrheit ist in den

Entscheidungsgründen

zum oberhofgerichtlichen Urtheil ausgeführt:

„Wenn sich auch die Entscheidungsgründe der Rekurskammer theilweise über den vom Angeklagten angetretenen Beweis der Wahrheit des von ihm den Anklägern gemachten ehrenkränkenden Vorwurfs verbreiten, so ist doch dieses Gericht bei seiner Entscheidung von der Ansicht ausgegangen, daß es auf die Einrede der Wahrheit und deren Beweis, namentlich um deßwillen überall nicht ankomme, weil die Beleidigung den Anklägern von dem Angeklagten in einer Form zugefügt worden sei, welche für sich selbst eine verächtliche Behandlung enthalte, und daß daher auch der Beweis der Wahrheit die zugefügte Ehrenkränkung nicht aufhebe. Hiergegen war nun nach der, die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiter Instanz sehr beschränkenden Bestimmung des §. 398 der Str.P.O. dieses Rechtsmittel nicht zulässig und es ist hiergegen auch nicht gerichtet worden. Wenn nun selbst in der einen oder andern der vom Angeklagten besonders hervorgehobenen Beziehungen wirklich eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens gefunden werden könnte, so würde diese Verletzung, weil sie ohne allen Einfluß auf die Entscheidung der Rekurskammer gewesen ist, und daher hierdurch dem Angeklagten keinerlei Nachtheil zugefügt worden wäre, nicht als eine wesentliche Verletzung betrachtet werden können, denn alle jene vom Angeklagten einzeln aufgestellten Beschwerdegründe beziehen sich nur auf den von ihm angetretenen Beweis der Wahrheit, während das Urtheil der Rekurskammer sich nicht auf die Führung oder das Mißlingen dieses Beweises, sondern vielmehr darauf gründet, daß dieser Beweis gar nicht zulässig gewesen sei."

b) Der Vertheidiger des Angeklagten hatte in seiner Erklärung auf die Rekursbeschwerde der Ankläger einen Antrag auf Vorladung sämmtlicher Mitglieder des Schöffengerichts zur Schlußverhandlung gestellt. Allein mit Verfügung vom 2. Oktober l. J., mit welcher die Rekurskammer die Schlußverhandlung auf den 25. j. M. anordnete, hat sie zugleich jenen Antrag als unstatthaft verworfen. Nach dem Protokoll über die Schlußverhandlung hat dann weder der Angeklagte, noch sein Vertheidiger diesen Antrag erneuert.

Demungeachtet wollte der Angeklagte eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens durch die Rekurskammer darin finden, daß die beiden Mitglieder des Schöffengerichts, welche zur Aburtheilung in erster Instanz mitgewirkt hatten, und die der Angeklagte zu seiner Entlastung in der Rekursinstanz als Sachverständige vorgeschlagen hat, von der Rekurskammer nicht in der Hauptverhandlung abgehört worden sind.

Diese Beschwerde wurde jedoch als unbegründet erachtet, indem das großh. Oberhofgericht in den Gründen zu seinem Urtheil ausführte:

„Nach §. 373 Ziff. 3 ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur dann zulässig, wenn bei der Hauptverhandlung, oder der Urtheilsfällung wesentliche Vorschriften des Verfahrens verletzt worden sind; damit sind aber von selbst alle Beschwerden von diesem Rechtsmittel ausgeschlossen, welche etwa bezüglich des Verfahrens einem Angeklagten vor der Hauptverhandlung, sei es selbst durch vorbereitende Beschlüsse des später urtheilenden Gerichtshofes zugegangen sein sollten. Denn dem Angeklagten bleibt es selbst in einem solchen Falle unbenommen, seine deßfallsigen Anträge dem bei der Hauptverhandlung versammelten Gerichtshofe, der ja möglicher Weise aus andern Mitgliedern zusammengesetzt sein kann, wiederholt vorzutragen, und diesen zu einer (abermaligen) Entscheidung darüber zu veranlassen und damit zugleich sich den Weg zur Betretung jenes Rechtsmittels möglicher Weise zu eröffnen. Unterläßt er dies aber, so muß angenommen werden, daß er sich jener erstmaligen Entscheidung unterwirft, und er hat sich hiermit selbst die Ergreifung jenes Rechtsmittels entzogen."

c) Der Angeklagte fand ferner Grund zu einer Nichtigkeitsbeschwerde darin, daß der Vorsitzende der Rekurskammer zwei Personen, welche die Ankläger in ihrer Rekursausführung nicht benannt hatten, während des Laufs der Schlußverhandlung aus der Zahl der Zuhörer, unter welcher sich jene Personen während der ganzen Verhandlung befunden hatten, vorgerufen, dieselben ohne vorgängige handgelübdliche Verpflichtung einvernommen habe, und daß der Gerichtshof nach den Entscheidungsgründen auf die Aussagen derselben für

Digitized by Google

die Verurtheilung des Angeklagten ein entscheidendes Gewicht gelegt habe.

Das großh. Oberhofgericht begründete die Verwerfung dieser Beschwerde in folgender Weise:

„Nach dem Protokoll über die Schlußverhandlung hatte der Vorsitzende auf den Antrag eines der Ankläger zwei Personen, welche nicht vorgeladen waren, sich aber im Zuhörerraum befanden, vorgerufen und einvernommen. Hieraus ergibt sich, daß der Vorsitzende der Rekurskammer, wozu er, da eine Ausnahme hiervon bezüglich der Privatanklagesachen weder durch das Gesetz, noch durch die Natur der Sache geboten ist, vergl. Titel XXI. insbesondere §. 317 der Str.P.O. befugt war, lediglich von seiner discretionären Gewalt Gebrauch gemacht hat, wenn er jene beiden Personen zur weitern Aufklärung der Sache einvernommen, und es ist hierbei offenbar gleichgültig, auf welchem Wege er zur Kenntniß gelangte, daß jene Personen über die Sache Aufklärung zu geben im Stande seien, ob sie ihm namentlich von einem der Ankläger als solche bezeichnet worden sind, oder aber ob er im Laufe der Verhandlung auf irgend einem andern Wege Kenntniß davon erhalten hat. Die Ausübung dieser Gewalt ist aber nach §. 230 der Str.P.O. in das Ermessen des Vorsitzenden gestellt, und es kann daher die Art und Weise, wie er von dieser Gewalt Gebrauch macht, in so lange ihm nicht wegen Verletzung bestimmter gesetzlicher Vorschriften ein Mißbrauch derselben zur Last gelegt werden kann, niemals als eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens betrachtet werden.

Insbesondere aber kann darin eine solche Verletzung nicht gefunden werden, daß die betreffenden Personen bis zu ihrer Einvernahme im Zuhörerraum anwesend gewesen sind, und also der bis dahin vor sich gegangenen Verhandlung angewohnt hatten.

Denn dieser Umstand machte diese Personen nach dem Gesetz zur Auskunftsertheilung nicht unfähig, sondern es unterstand vielmehr lediglich dem Ermessen des Gerichtes, in wie fern diese Thatsache von Einfluß auf die Glaubwürdigkeit derselben sein konnte.

Darin kann aber nach §. 230 Abs. 2 eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens nicht gefunden werden, daß jene Personen nicht handgelübdlich verpflichtet worden sind. Denn, daß ein solcher Antrag von Seite der Parteien übereinstimmend gestellt worden sei, ist nicht einmal behauptet; ohne einen solchen Antrag war aber die handgelübdliche Verpflichtung lediglich in das Ermessen des Gerichts gestellt, und die Unterlassung derselben kann daher nicht als eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens betrachtet werden.

Die Beschwerde aber, daß der Gerichthof auch die Aussagen dieser Personen bei seiner Entscheidung berücksichtigt habe, ist nach dem allegirten §. 398 der Str.P.O. unstatthaft, weil diese Beschwerde nicht das prozessualische Verfahren, sondern lediglich die materielle Beurtheilung der Sache selbst betrifft.

§. 242 der Str.P.O.

—. Die weitere Beschwerde, daß die Rekurskammer ihr Urtheil auf ein gar nicht existirendes Gesetz gegründet habe, wurde deßhalb, weil mit dieser Beschwerde nicht das Verfahren angegriffen werde, sondern weil sie die Behauptung der Anwendung eines unrichtigen Rechtssatzes bei der Beurtheilung dieses Straffalles enthalte, nach §. 398 der Str.P.O. als unstatthaft erklärt.

Endlich wurde die Beschwerde, daß die Rekurskammer in ihren Entscheidungsgründen ausgesprochen habe, ein Beweis sei darüber nicht angetreten und erstellt, daß der am 24. August l. J. untersuchte Streitplatz noch in demselben Zustande sich befunden habe, wie am 13. und 31. Oktober, resp. im April und Mai 1866, während doch dieser Beweis nicht nur angetreten, sondern auch erbracht worden sei, oder doch durch die vorgeschlagenen Beweismittel hätte erbracht werden können, für unzulässig erklärt, weil schon hieraus hervorgehe, daß es sich hierbei lediglich um eine Beweisfrage handelt; „es ergibt sich dies aber um so mehr aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe der Rekurskammer, nach welcher sie angenommen hat, daß jener Beweis nicht nur nicht geliefert, sondern daß selbst der Gegenbeweis davon erbracht sei. Wegen unrichtiger Entscheidung der Beweisfrage findet aber die Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt nicht statt, noch weniger in einem Falle des §. 398 der Str.P.O." Red.

120.

Gesellschaften auf Gegenseitigkeit.

Es kann die Frage entstehen, unter welchen juristischen Begriff diese Gesellschaften fallen? Man wird zunächst geneigt sein, sie ihres Namens wegen zu den Gesellschaften zu rechnen, von denen unser Landrecht in den Art. 1832 u. ff. handelt. Es ist aber wiederholt

Digitized by Google

nachgewieſen, daß hier nicht überhaupt alle Geſellſchaften, ſondern nur die Erwerbsgeſellſchaften gemeint ſind.

Vergl. Troplong, Contrat de société nro. 6. 7. 8.

Nach Art. 1832 iſt der Geſellſchaftsvertrag ein Vertrag, nach welchem mehrere Perſonen Etwas zuſammen legen, um daraus einen Gewinn zu erzielen, den ſie unter ſich theilen. Erzielung eines Gewinns und Theilung deſſelben iſt das weſentliche Merkmal der Erwerbsgeſellſchaft, von der allein in den Art. 1832 u. ff. die Rede iſt. Fallen die Geſellſchaften auf Gegenſeitigkeit unter dieſen Begriff? Troplong l. c. nro. 14 verneint dieſe Frage bezüglich der gegenſeitigen Verſicherungsgeſellſchaften, weil ſie keinen Gewinn, ſondern Abwendung des Schadens von den einzelnen Theilnehmern beabſichtigen: der in einer beſtimmten Zeitperiode, z. B. in einem Jahr entſtandene Schaden wird unter alle Theilnehmer nach einem feſtgeſetzten Maßſtab vertheilt; jeder Theilnehmer trägt mithin zur Deckung des Schadens bei, welcher Einige unter den Theilnehmern betroffen hat. Die Geſellſchaft als ſolche macht daher keinen Gewinn; ſelbſt wenn ſie feſte Prämien erhebt, ſo ſind dieſe nur als eine Vorauszahlung bezüglich derjenigen Summe zu betrachten, welche jeder einzelne Theilnehmer in Gemäßheit der Endabrechnung zu zahlen hat Es ſind hierbei zwei Fälle möglich: die vorausbezahlten Prämien decken nicht nur allen Schaden der Rechnungsperiode, ſondern laſſen noch einen Ueberſchuß — in dieſem Fall wird dieſer nach Verhältniß den Theilnehmern zurückvergütet, wie dieſes z. B. bei der Gothaer Feuerverſicherungsgeſellſchaft ſehr häufig ſchon der Fall war. Oder die bezahlten Prämien decken dieſen Schaden nicht; dann müſſen die Theilnehmer Nachſchüſſe leiſten, wie dies z. B. bei der Feuerverſicherungsgeſellſchaft auf Gegenſeitigkeit in Ludwigshafen, jetzt in Nürnberg, der Fall iſt. Dieſe Anſicht iſt namentlich in einem Urtheil des großh. Hofgerichts in Mannheim vom 3. Juli 1868 ausgeſprochen. Es handelte ſich damals um die Frage, ob die Verſicherungen dieſer letztgenannten Geſellſchaft zu den Handelsſachen, daher die Streitigkeiten zwiſchen der Geſellſchaft und ihren Mitgliedern vor die Handelsgerichte gehören? Dieſe Frage war vom Handelsgericht bejaht, von dem Hofgericht verneint worden. Das Handelsgericht hatte angenommen, es werde von der Geſellſchaft ein Gewinn beabſichtigt, indem die Spekulation dahin ziele, daß die Einnahmen aus Prämien die Ausgaben für entſtandenen Feuerſchaden überſteigen werden, und der daraus erzielte Ueberſchuß den Verſicherten unter der Form von Dividenden zufalle. Dagegen hat das großh. Hofgericht ausgeführt:

Das entſcheidende Moment beſteht darin, daß die zugleich verſichernden und verſicherten Mitglieder nach §. 7 und 98 der Statuten für den geſammten Schaden haften. Die von ihnen unter dem Namen von Prämien zu zahlenden Summen haben daher nicht die Natur einer eigentlichen Prämie, d. h. einer Gegenleiſtung, durch deren Zahlung die Gefahr vollſtändig auf die verſichernde Geſellſchaft übergeht; die von dem Verſicherten nach §. 6 der Statuten zu zahlende Prämie iſt vielmehr nur eine zu größerer Sicherheit der Genoſſenſchaft im Voraus zu leiſtende Anzahlung auf die ihm als Verſicherer des Geſammtſchadens zur Laſt fallende Rate u. ſ. w.

Bezüglich der Vertheilung einer Dividende ſagen die Entſcheidungsgründe:

„Die Erzielung dieſer Dividende nnd überhaupt eines Gewinnes iſt nicht, wie bei der eigentlichen Verſicherung gegen Prämie, der Zweck der Genoſſenſchaft; ſie iſt nur die natürliche Folge davon, daß dieſelbe zufällig nicht in die Lage kommt, ihren wirklichen Zweck, nämlich etwaige Brandſchaden zu erſetzen, in einem Maaße erfüllen zu müſſen, daß dadurch die geleiſteten Anzahlungen vollſtändig in Anſpruch genommen werden. Dieſe Dividende erſcheint hiernach als Rückerſtattung der vorausgezahlten und nicht verwendeten Deckungsmittel u. ſ. w.

Damit vollſtändig in Uebereinſtimmung ſpricht ſich von Krämel in dem 2. Bande des Archivs von Buſch S. 349 aus, wo er ſagt: „Unter Prämie iſt eigentlich nur eine feſte Geldſumme zu verſtehen, welche vom Verſicherten dem Verſicherer als Gegenleiſtung für die übernommene Gefahr gezahlt wird. Bei den auf Gegenſeitigkeit beruhenden Geſellſchaften wird aber der Verſicherte durch Zahlung der ſog. Prämie nicht vollſtändig frei, vielmehr tritt er in die Haftpflicht für die geſammten Schäden ein. Die von dem Verſicherten gezahlte Prämie iſt alſo eigentlich nur eine Anzahlung auf die dem Verſicherten als Verſicherer des Geſammtſchadens zur Laſt fallende Rate.“ *)

Auch ein Urtheil des Berliner Obertribunals vom 27. Mai 1865 ſpricht ſich dahin aus, „daß bei gegen-

*) Uebereinſtimmend Auerbach in dem Archiv für Wechſelrecht II. Band S. 63 Note 10.

Digitized by Google

seitigen Versicherungen von einem Gewinn und einer hierauf gerichteten Absicht der Theilhaber nicht die Rede sein kann, da sie Versicherer und Versicherte in Einer Person darstellen und im besten Fall, wenn nämlich Keinen der Versicherten ein Schaden trifft, nur davon die Rede sein kann, daß Keiner der Theilhaber einen Schaden erlitten habe." (Busch, Archiv 9. Bd. S. 139.)

Dieses Urtheil beschäftigt sich eigentlich mit der Frage, ob die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit als Handelsgesellschaften zu betrachten sind? Es verneint diese Frage, indem es ausführt, daß die Versicherungen dieser Gesellschaften keine Handelsgeschäfte seien, weil ihnen das gemeinschaftliche Merkmal aller in Art. 271 und 272 des H.G.B. aufgeführten Geschäfte, nämlich der Speculationscharacter fehle. Die meisten deutschen Rechtslehrer gehen von dem nämlichen Gedanken aus, indem sie sich zunächst die Frage stellen, ob denn die Uebernahme von Versicherungen durch die Gesellschaften auf Gegenseitigkeit ein Handelsgeschäft ist? Wird diese Frage verneint, so folgt daraus, daß jene Gesellschaften keine Handelsgesellschaften sind, während die französischen Schriftsteller die Frage so stellen, ob diese Gesellschaften zu den eigentlichen Gesellschaften zu rechnen sind? Wird diese Frage verneint, so folgt ebenfalls, daß sie nicht zu den Handelsgesellschaften gehören. So z. B. sagt Pardessus cours de droit commercial nro. 970: On ne doit pas confondre avec les sociétés les tontines, genre de réunion, formée de rentiers, qui conviennent, que les parts des prémourants profiteront en tout ou en partie aux survivants. Dagegen sagt von Hahn in seinem Commentar zum Handelsgesetzbuch ad Art. 271 No. 3:

„Ausgeschlossen ist der Vertrag, durch welchen sich mehrere Personen verpflichten, den Schaden, welchen sie in Folge gewisser Ereignisse erleiden würden, gemeinsam zu tragen, mag auch die Beitragspflicht der einzelnen Kontrahenten nach dem Verhältniß der möglichen Höhe des sie treffenden und von Allen zu tragenden Schadens geregelt sein, — sogenannte gegenseitige Versicherung. Diese ist keine eigentliche Versicherung. Auch ist es gleichgiltig, ob die Repartition und Zahlung des Schadens erst nachträglich geschieht, oder ob schon vorläufig gewisse Beträge in eine gemeinschaftliche Kasse, aus welcher die Schäden zu vergüten sind, einbezahlt worden."

Ebenso Goldschmidt in seinem Handbuch des Handelsrechts, §. 49. II.: „Ausgeschlossen ist die Versicherung auf Gegenseitigkeit, d. i. derjenige Versicherungsvertrag, kraft dessen der Versicherte zugleich Versicherer ist, mag auch, wie bei Lebensversicherungsgesellschaften häufig, für die Vertheilung des gemeinschaftlich zu tragenden Schadens periodisch oder ein für allemal eine im Voraus bestimmte Prämie vertragsmäßig gezahlt werden, da diese das Maaß der Gegenleistung der Versicherten nur approximativ, nicht definitiv darstellt."

Auch Endemann sagt in §. 5 seines Handelsrechts Note 14: „Gegenseitige Assekuranzen sind keine Handelsgeschäfte." So hat auch das großh. Hofgericht in dem oben angeführten Urtheil entschieden. Eine entgegenstehende Entscheidung des Kreisgerichts zu Weimar bezieht sich auf die Frage, ob Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit in die Handelsregister eingetragen werden müssen? Diese Frage wird von diesem Kreisgericht bejaht, weil Versicherungen gegen Prämie Handelsgeschäfte seien, mithin jene Gesellschaften als Handelsgesellschaften angesehen werden müßten. Dagegen hat das Stadtgericht in Berlin bei zwei verschiedenen Veranlassungen ausgesprochen, daß diese Gesellschaften keine Handelsgesellschaften seien, daher keiner Eintragung in das Handelsregister bedürfen.

Centralorgan von Löhr I. Bd. S. 247.

Es ist schon angeführt, daß diese Ansicht von dem Obertribunal in Berlin getheilt wird. Das betreffende Urtheil vom 27. Mai 1865 zieht aber eine eigenthümliche Folgerung:

Es war nämlich eine Gesellschaft auf Gegenseitigkeit verklagt, der Kläger aber abgewiesen worden, weil die Beklagte keine Handelsgesellschaft sei, mithin auch nicht auf das Privilegium des Art. 111 des H.G.B. Anspruch machen könne, wonach diese als sogenannte moralische oder juristische Person im Sinne der Rechtstheorie Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden dürfe.

Der Kläger ergriff die Nichtigkeitsbeschwerde, diese wurde aber durch das angeführte Urtheil verworfen, indem jene Ausführung des judex a quo nicht allein vollständig gebilligt, sondern derselben auch ein weiteres, nicht minder merkwürdiges Argument zur Unterstützung beigefügt wird." Der Appellationsrichter, sagt das Obertribunal, stellt thatsächlich und unangefochten fest, daß der verklagten Gesellschaft die nach dem Gesetz vom 17. Mai 1853 erforderliche Staatsgenehmigung versagt worden

Digitized by Google

sei. Daß sie derselben bedurfte, um, abgesehen von der ihr fehlenden Eigenschaft einer Handelsgesellschaft, ihre staatliche Existenz als einheitliches Rechtssubject, resp. als juristische Person zu begründen und zur Ausübung ihres statutenmäßigen Geschäftsbetriebs befugt zu sein, ist nicht zweifelhaft u. s. w.

Es ist in der That auffallend, wenn hier einer der bekanntesten juristischen Grundsätze, „daß Niemand aus seinen unrechten Handlungen Vortheil ziehen, mithin diese nicht für sich anführen darf" übersehen wurde. Eine Gesellschaft geht irgend welche Verbindlichkeiten unter ihrem Gesellschaftsnamen ein; wird sie auf Erfüllung belangt, so wendet sie ein, sie könne nicht verklagt werden, denn sie sei keine juristische Person; sie habe nämlich die ihr gesetzlich nothwendige Staatserlaubniß nicht erhalten. Aber sie hatte doch trotz mangelnder Staatserlaubniß unter dem Gesellschaftsnamen contrahirt, und daher sich einer Gesetzesübertretung schuldig gemacht. Kann sie sich darauf berufen, um sich eingegangenen Verbindlichkeiten zu entziehen? Schon der Code de commerce Art. 42 sagt:

Die bezüglich der anonymen Gesellschaften vorgeschriebenen Förmlichkeiten müssen bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden, aber ihre Nichtbeobachtung kann Dritten nicht entgegengehalten werden. Bekanntlich gilt auch umgekehrt der Satz, daß nur diejenigen, zu deren Schutz die Beobachtung gewisser Formen vorgeschrieben ist, sich auf deren Nichtbeobachtung berufen können, nicht aber die Gegencontrahenten. Art. 1125. Die Gesetze bedürfen einer vernünftigen Auslegung und Anwendung. Wenn der Gesetzgeber für gewisse Gesellschaften, Vereine u. s. w. die staatliche Erlaubniß für nothwendig erklärt und denselben für den Fall der Nichteinholung derselben die Nichtigkeit androht, so kann er doch wohl nicht bezwecken, sie dadurch in eine günstigere Lage zu versetzen, als wenn sie die staatliche Erlaubniß nachgesucht und erhalten hätten. Dahin führt aber die Auslegung des Obertribunals. Gesellschaften, welche nicht die staatliche Erlaubniß erhalten haben, können nicht verklagt werden, während in dieser Beziehung kein Anstand obwalten würde, wenn sie diese Genehmigung erlangt hätten Das ist ebenso sehr gegen die Vernunft wie gegen die Gerechtigkeit.

Renaud hält die Gegenseitigkeitsgesellschaften ebenfalls nicht für Societäten im juristischen Sinn. Vergl. dessen Recht der Aktiengesellschaften §. 17, vielmehr sagt er S. 173 von ihnen:

Alle diese Momente weisen in gleicher Weise wie bei der Aktiengesellschaft darauf hin, daß die Gegenseitigkeitsgesellschaft, ihrem Wesen nach, ein selbstständiges Rechtssubjekt, beziehungsweise eine Corporation ist. Es kömmt hierbei in Betracht, daß Renaud überhaupt alle Aktiengesellschaften zu den Korporationen zählt s. l. c. §. 12; er übersieht den ganz wesentlichen Unterschied, daß in Aktiengesellschaften jeder Aktionär einen verhältnißmäßigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft hat (Art. 216 des H.G.B.), was bei Korporationen nicht der Fall ist. Aktiengesellschaften sind wohl juristische Personen, ohne aber Korporationen zu sein. Auch die Gegenseitigkeitsgesellschaften sind juristische (oder moralische) Personen, aber keine Korporationen, d. h. sie treten als Gesammtheit in Rechtsbeziehungen zu andern Personen. Man hat in neuerer Zeit vielfach die Ansicht aufgestellt, daß es einer staatlichen Erlaubniß bedürfe, damit eine Mehrheit von Personen als Einheit auftrete, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten werde, klagen und belangt werden könne. Das ist ein Irrthum, welcher zu solchen auffälligen Entscheidungen, wie das oben angeführte Urtheil des Obertribunals in Berlin, hinführt. Schon der römische Jurist Florentinus stellt den Satz auf: hereditas personae vice fungitur sicut municipium, decuria et societas. L. 22 de fidej. (46. 1). Erbschaften werden als Personen behandelt, gleich den Gemeinden und Gesellschaften. Es ist allerdings auffallend, daß hier die Gesellschaften ganz allgemein genannt sind, weil es bekannt ist, daß nach römischem Recht die Gesellschaft nicht als Einheit nach außen erschien. Es gab aber dergleichen Gesellschaften, welche auch nach Außen als Einheit sich darstellten, wie man sich aus l. 1 D. (3. 4) überzeugen kann: vectigalium publicorum sociis permissum est, corpus habere, vel auri fodinarum, vel argenti fodinarum et salinarum. Bezüglich derselben stellt Ulpianus in l. 7 §. 1 ibidem den Grundsatz auf: Si quid universitati debetur, non singulis debetur, nec quod debet universitas singuli debent. Hier ist genau unterschieden zwischen den einzelnen Mitgliedern und der Gesammtheit. Eine Forderung der Gesammtheit ist nicht eine Forderung der einzelnen Mitglieder der Gesammtheit. Dieser Grundsatz ist nach dem Handelsgesetzbuch wenigstens für alle Handelsgesellschaften maßgebend.

Digitized by Google

Vergl. Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht von Siebenhaar 10. Band S. 227 u. ff.
Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht, 2. Heft S. 3—77.

Auch die bürgerlichen Gesellschaften werden nach heutigem Recht als Personen gelten müssen,

Troplong, l. c. nro. 58—70,

wenigstens wird nach französischem Recht hierüber kein Zweifel bleiben.

Vergl. Art. 1845 und 46, 1850, 51, 52, 1859.

Der Kassationshof sagt in einem Urtheil vom 8. November 1836: La société civile est comme la société de commerce un être moral, dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun des membres.

Sirey, 1836. 1. 811.

Aber auch alle Vereine müssen als juristische Personen angesehen werden. Diese bedürfen wenigstens bei uns keiner Staatserlaubniß zu ihrer Bildung.

Vergl. Gesetz vom 14. Februar 1851 und vom 21. November 1867. (Reggsbl. 1851 S. 143, 1867 S. 540.)

Mag man nun die Gesellschaften auf Gegenseitigkeit zu den eigentlichen Gesellschaften oder zu den Vereinen zählen, so werden sie in beiden Fällen als juristische Personen gelten müssen und daher ebensowohl klagend auftreten, wie als Beklagte belangt werden können.

Gehören sie aber zu den Gesellschaften oder zu den Vereinen? Wollte man sie zu den Gesellschaften rechnen, so würden die Bestimmungen der Art. 1865 und ff. über die Auflösung der Gesellschaften auch auf sie anwendbar, was aber der Natur derselben vollständig widersprechen würde. Denn die Lebensversicherungen auf Gegenseitigkeit können nicht durch den Tod eines Mitglieds aufhören, weil sie gerade für den Todesfall der Mitglieder eingegangen werden. Die Mitglieder einer solchen Gesellschaft zahlen, so lange sie leben, gewisse Beiträge, damit ihre Erben bei dem Todesfall ein bestimmtes Kapital erhalten. Mit dieser Vereinbarung ist die Auflösung für den Todesfall eines Mitglieds nicht vereinbar. Ebensowenig kann der freiwillige Austritt eines Mitglieds die Auflösung der Gesammtheit zur Folge haben.

Man könnte sie deßhalb vielleicht als Aktiengesellschaften betrachten; dem steht aber entgegen, daß derartige Gesellschaften häufig gar kein Grundkapital besitzen, wie z. B. die Kranken- und die Sterbkassen, die Mitglieder vielmehr nur verbunden sind, im eintretenden Fall gewisse im Voraus bestimmte Beiträge zu leisten. Auch darin unterscheiden sich diese Gesellschaften von den Aktiengesellschaften, daß bei diesen sich die Verbindlichkeit der Mitglieder auf die Zahlung des Betrags der Aktien beschränkt, während bei Jenen die Verbindlichkeit der Einzelnen von der Höhe der Gesammtschuld abhängt. Bei den Aktiengesellschaften ist die Zahl der Mitglieder auf die Zahl der Aktien beschränkt, während die Zahl der Mitglieder bei Gegenseitigkeitsgesellschaften meist unbeschränkt, jedenfalls von ganz andern Bedingungen abhängig ist. Endlich kann jeder Aktionär sein Recht übertragen, was bei den Gegenseitigkeitsgesellschaften entweder gar nicht oder nur unter besondern Beschränkungen der Fall ist. Es bleibt daher nur übrig diese Gesellschaften unter den Begriff der Vereine zu bringen. Bei diesen können Mitglieder ein- und austreten, ohne daß der Bestand des Vereins dadurch alterirt wird. Es können die Bedingungen des Ein- und Austritts, je nach dem Bedürfniß, festgestellt werden. Die Verbindlichkeit der Mitglieder ist beschränkt auf die Leistung der zugesagten Beiträge. Die Größe der Beiträge kann, je nach Bedürfniß, festgestellt werden. Für die Verbindlichkeiten des Vereins haftet nur das Vereinsvermögen; die Mitglieder haften nur soweit, als sie zugesagt haben, haften zu wollen. Der Verein ist daher eine juristische Person; er wird vertreten durch diejenigen Personen, welche das Vereinsstatut bestimmt.

Da bei uns die Bildung der Vereine von keiner Staatserlaubniß abhängig ist, so kann auch diese nicht zu dem Zweck, damit der Verein als juristische Person gelte, erforderlich sein. Auch bestehen ja unzählige Vereine: Singvereine, Turnvereine, Schützenvereine, Lesevereine, Kunstvereine, wissenschaftliche Vereine und Vereine zum geselligen Vergnügen unter den verschiedensten Namen, wie z. B. Harmonie, Kasino, Ressource, Erholung, Museum u. s. w. Namentlich die zuletzt genannten besitzen Grundeigenthum, Mobiliar, auch contrahiren sie zuweilen Schulden, und geben sogar dafür Schuldscheine auf Inhaber aus. Wer ist der Schuldner? Der Verein oder die Mitglieder? Es wäre sehr bequem, die Mitglieder für dieselben haftbar zu erklären. Aber soweit meine Erfahrung reicht, gilt allenthalben nur der Verein als Schuldner, die Mitglieder nur so weit, als sie haften zu wollen ausdrücklich erklärt haben.

Daß alle diese Vereine in der Volkssprache Gesell-

Digitized by Google

ſchaften genannt werden, ändert nichts an der Sache; kein Juriſt wird ſie deßhalb unter die Geſellſchaften, von denen unſer Civilgeſetzbuch handelt, ſubſumiren wollen. Aber auch die in neuerer Zeit auftauchenden Genoſſenſchaften dürften, inſoweit ſie nicht, wie die Produktivgenoſſenſchaften, wirklichen Erwerb beabſichtigen, unter den Begriff der Vereine fallen. Auch nennen ſie ſich meiſt Vereine, ſo z. B. Konſumvereine, Robſtoffvereine, Magazinvereine, Kreditvereine.

Bekanntlich iſt in Preußen ein beſonderes Geſetz für dieſelben erlaſſen worden. Daſſelbe enthält die merkwürdige Vorſchrift, daß der Geſellſchaftsvertrag die Beſtimmung enthalten muß, daß alle Genoſſenſchafter (ſtatt dieſes Ausdrucks hätte man „Genoſſen“ ſagen können) für die Verbindlichkeiten der Genoſſenſchaft ſolidariſch und mit ihrem ganzen Vermögen haften. Diejenigen Genoſſenſchaften, deren Mitglieder eine ſo weit gehende Verbindlichkeit nicht übernehmen wollen, haben nicht die Rechte einer eingetragenen Genoſſenſchaft. Und worin beſtehen dieſe Rechte? So weit ich ſehen kann nur darin, daß dieſe Genoſſenſchaften juriſtiſche Perſönlichkeit haben. Vergl. §. 10 und ff. des Geſetzes, abgedruckt in dem Commentar des H.G.B. von Anſchütz und Völkerndorf 2. Band S. 35 und ff. Es ſind alſo alle andern Genoſſenſchaften von dieſer Wohlthat, wie es ſcheint, ausgeſchloſſen. Das ſcheint doch in der That ein ganz ungerechtfertigter Zwang, welcher ſeinen Grund lediglich in einer irrthümlichen theoretiſchen Anſchauung hat, indem man vorausſetzt, die juriſtiſche Perſönlichkeit hänge von einer Staatserlaubniß ab, während ſchon die römiſchen Juriſten dem liegenden Erbe Perſönlichkeit zugeſchrieben haben l. 22 de fidejuss. (46. 1). Unſere Gantmaſſen haben nach einer ganz einſtimmigen Praxis juriſtiſche Perſönlichkeit. Es ſcheint doch in der That eine Abſonderlichkeit, wenn wir einer Genoſſenſchaft, einem Verein, einer Geſellſchaft, ſo lange ſie zahlungsfähig ſind, die juriſtiſche Perſönlichkeit abſprechen, ſie ihr aber ſofort zuerkennen, wenn ſie zahlungsunfähig werden. Warum erkennt die Praxis den Gantmaſſen Perſönlichkeit zu? Weil eine innere Nothwendigkeit dazu zwingt. Aus demſelben Grund haben die römiſchen Juriſten dem liegenden Erbe Perſönlichkeit zugeſchrieben. Es iſt keine Willkür, die Natur der Verhältniſſe bringt es mit ſich; ohne dieſe Annahme entſteht eine unſägliche Verwirrung. Derſelbe Grund hat in Frankreich dahin geführt, diejenigen Geſellſchaften, welche aus einem formellen Grund für nichtig erklärt werden, als sociétés de fait anzuerkennen. Dabei ſtellt ſich heraus, daß Aktiengeſellſchaften, welche wegen mangelnder Regierungserlaubniß, oder weil es an einem öffentlichen Akte fehlt, für nichtig erklärt wurden, dennoch als juriſtiſche Perſonen beurtheilt werden mußten. Wir haben ſogar in Mannheim den nämlichen Fall gehabt, daß eine Aktiengeſellſchaft noch unter der Herrſchaft des ältern Handelsgeſetzbuchs (Anhangs zum Landrecht) ohne öffentlichen Akt und ohne Regierungserlaubniß zwanzig Jahre beſtand. Es iſt aber Niemanden eingefallen, ſie deßwegen nicht als juriſtiſche Perſon zu betrachten. Wir haben in Mannheim einen Conſumverein, eine Darleihkaſſe, eine Baugenoſſenſchaft, eine Damenſchwimmanſtalt, eine Töchterſchule, welche ſämmtlich in gemeinnütziger Abſicht errichtet wurden, und deßhalb nicht unter die Erwerbsgeſellſchaften fallen. Unter welch anderen Begriff können ſie gebracht werden, als unter den eines Vereins zu gemeinnützigen Zwecken? Alle dieſe Perſonenvereinigungen können ſich der juriſtiſchen Perſönlichkeit nicht entſchlagen; ſie haben Eigenthum an Immobilien und Mobilien, ſie ſchließen Verträge, ſie gehen Verbindlichkeiten ein, ſie erwerben Rechte. Sollten unſere Gerichte deren Perſönlichkeit nicht anerkennen, ſo würden ſie eine unſägliche Verwirrung hervorrufen. Die Darleihkaſſe beſteht ſeit mehr als zwanzig Jahren; ſie leiht Gelder aus, ſie ſteht in laufender Rechnung mit vielen Perſonen; die Baugenoſſenſchaft hat Häuſer gebaut und vermiethet Wohnungen; die Töchterſchule hat viele Lehrer angeſtellt, die Eltern der Schülerinnen haben Schulgeld zu zahlen; die Damenſchwimmſchule hat ein Magazin erbaut, Hunderte von Einwohnern nehmen Abonnements auf den Sommer u. ſ. w. Sollte es bei allen dieſen Verträgen an einem Rechtsſubjekt mangeln?

Iſt unſere Wiſſenſchaft ſo arm, daß es ihr an dem Begriff fehlt, der im Volk gang und gäbe iſt? Sollten wirklich alle Sing-, Schützen-, Turn-, Kunſt-, wiſſenſchaftlichen und geſelligen Vereine in der Luft ſchweben? Sollten die Gerichte ignoriren dürfen, was die Steine auf den Gaſſen predigen? Die Vereine ſind bei uns geſetzlich erlaubt, folglich darf kein Gericht von ihnen den Nachweis einer beſondern obrigkeitlichen Erlaubniß verlangen. Wenn aber die Perſönlichkeit in dem Weſen der Vereine liegt, ſo hat das Geſetz, indem es die Vereine geſtattet, auch deren Konſequenz ſelbſtredend zugelaſſen. Wie die römiſchen Juriſten jede Erbſchaft als

Digitized by Google

Person betrachteten, wie die Praxis alle Gantmassen als Personen gelten läßt, wie die Nürnberger Conferenz trotz innern Widerstrebens alle Handelsgesellschaften, wie die französische Praxis alle Erwerbsgesellschaften, wie unsere Gerichtspraxis alle Stiftungen als Personen betrachten muß, müssen wir auch alle Vereine als Personen anerkennen. Die englische Gesetzgebung hat sich nach vielen Versuchen, die sich sämmtlich als unhaltbar erwiesen, gezwungen gesehen, alle Personenvereinigungen, seien sie Gesellschaften, Vereine oder Genossenschaften, für Personen oder juristische Korporationen (body corporate) zu erklären, wenn sie die von dem Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten einhalten. Das Nähere darüber findet man in dem 7. Band der Zeitschrift von Goldschmidt S. 533 und ff., vergleiche auch S. 423 und ff. ibidem.

Uebrigens haben die Zweifel, welche bei uns lange Zeit bestanden haben und vielleicht heute noch bestehen, unsere größern Institute, wie z. B. die Versorgungsanstalt in Karlsruhe, dahin geführt, sich von vornherein gegen solche Zweifel sicher zu stellen. Der Ausweg, den sie ergriffen haben, ist interessant genug, um besprochen zu werden: Die genannte Anstalt ist nach §. 1 ihrer Statuten eine auf Gegenseitigkeit gegründete ewige (?) Gesellschaft, welche den Zweck hat, gegen Einlagen Renten oder nach einem Zeitablauf Kapitalien zu gewähren. Jeder kann Mitglied werden, §. 7; der Eintritt findet zu jeder Zeit statt, §. 9; jeder Eintretende schließt mit der Anstalt entweder einen Versorgungs- oder einen Lebensversicherungsvertrag §. 14; die Anstalt ist vertreten durch einen Verwaltungsrath und einen Ausschuß, welche von der Generalversammlung der Mitglieder gewählt werden, §. 50 und 51. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit ist in §. 5 dahin präcisirt: Die Mitglieder in ihrer Gesammtheit gewährleisten sich gegenseitig ihre Ansprüche aus den abgeschlossenen Verträgen und theilen allen Gewinn und Verlust aus den Geschäften der Anstalt. Diese macht nämlich auch Geschäfte mit dritten Personen, d. h. mit Nichtmitgliedern, §. 19. Der sich daraus ergebende Gewinn wird zum Nutzen der Mitglieder verwendet. Es sind aber diese Geschäfte nur Nebengeschäfte, der Hauptzweck ist der in §. 1 bezeichnete.

Unter welchen Begriff fällt diese Anstalt? Ist sie eine Erwerbsgesellschaft und daher nach den Art. 1832 und ff. zu beurtheilen, oder gar eine Handelsgesellschaft, welche nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in die Handelsregister eingetragen werden muß? Oder ist sie ein Verein zu einem gemeinnützigen Zweck? Ueber die Auffassung der Gründer der Anstalt gibt §. 3 der Statuten Auskunft: „Die Grundsätze des §. 9 des zweiten Constitutionsedicts finden auf sie als eine ewige Gesellschaft Anwendung.“ Wohlweislich wird aber in demselben §. beigefügt: „Ihr Errungenschaftsvermögen ist jedoch im Fall der Auflösung nicht herrenlos, sondern wie Stiftungsgut zu behandeln.“ Eine ewige Gesellschaft sollte sich doch nicht auflösen können; die Verfasser der Statuten muß daher ein leiser Zweifel bezüglich dieser Ewigkeit beschlichen haben, indem sie trotz derselben die Möglichkeit der Auflösung ins Auge fassen. Aber auch abgesehen davon, paßt der in §. 9 aufgestellte Begriff nicht auf unsere Anstalt, da dort nur solche Gesellschaften gemeint sind, welche einen Staatszweck erfüllen und darum Staatsgesellschaften genannt werden. Diese bedürfen, wie es dort heißt, wegen ihrer engen Verbindung mit dem Staatszweck nicht nur einer landesherrlichen Bestätigung, sondern einer festbestimmten Beiwirkung (Mitwirkung); ohne diese ist sie ein strafbares Unternehmen.“ Das kann sich doch wohl nicht auf eine Versorgungsanstalt beziehen! Wiewohl nun die Statuten unserer Anstalt die landesherrliche Genehmigung erlangt haben, so wird doch die Frage aufgeworfen werden dürfen, ob durch die landesherrliche Genehmigung etwa auch bezweckt werden konnte, eine unrichtige Begriffsbestimmung zu sanktioniren, oder einer Privatanstalt den Charakter einer Staatsanstalt beizulegen? Ich glaube kaum; vielmehr dürfte mit Rücksicht darauf, daß die Anstalt den Abschluß von Lebensversicherungen- und Leibrenten-Verträgen bezweckt, die Regierungsgenehmigung erforderlich gewesen sein.

Vergl. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 6. August 1862 Art. 32.

Dadurch wurde aber, meines Erachtens, keineswegs einer bestimmten juristischen Auffassung die Sanktion gegeben. Die Anstalt ist keine Gesellschaft im Sinn unseres Civilgesetzbuchs, sonst könnten nicht jeder Zeit Mitglieder ein- und austreten, auch könnte nicht der Tod oder Vermögenszerfall eines oder mehrerer Mitglieder ohne Wirkung auf den Bestand der ganzen Anstalt sein; endlich müßten auch die Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Anstalt, mindestens nach Köpfen, haften. Sie kann auch nicht als eine Aktiengesellschaft betrachtet werden, denn sie hat kein festes Aktiencapital, vielmehr zehrt jede Jahresgesellschaft ihr zusammengelegtes Kapitalver-

Digitized by Google

mögen auf. §. 185 der Statuten. Der Gesichtspunkt einer Handelsgesellschaft nach den Bestimmungen des H.G.B. wird noch vielweniger passen. Es bleibt daher nur der Begriff des Vereins, der als Korelat zu dem Begriff der Gesellschaft gehört. Wir können nämlich von dem allgemeinen Begriff der Personen-Vereinigung ausgehen. Wenn sich mehrere Personen zu Erwerbszwecken vereinigen, so fällt diese Vereinigung unter den Begriff der Erwerbsgesellschaft; von dieser handelt das Civilgesetzbuch in den Art. 1832 u. f. Bilden Handelsgeschäfte den Gegenstand der Unternehmung, so ist die Vereinigung als Handelsgesellschaft zu beurtheilen. H.G.B. Art. 5. Jede Handelsgesellschaft ist aber nur eine besondere Art der Erwerbsgesellschaft, man kann daher nicht Personenvereinigungen, welche keinen Erwerb bezwecken, zu den Handelsgesellschaften zählen; vielmehr fallen diese unter den Begriff der Vereine. Dahin gehören auch die Genossenschaften, welche keinen Erwerb bezwecken. Gesellschaften, Vereine und Genossenschaften sind aber, vermöge ihrer innern Natur, Gesammtheiten und darum auch Personen, welche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können.

Vergl. Archiv für Handels- und Wechselrecht von Siebenhaar, 13. Band S. 281 und ff.

Dr. Ladenburg.

121.

Ueber die Art der Bezeichnung der Beweismittel für die als erwiesen angenommenen Thatsachen in den Entscheidungsgründen zu verurtheilenden Erkenntnissen der Strafkammern.

§. 300 Abs. 2 der Str.P.O.

In neuerer Zeit sind Nichtigkeitsbeschwerden (auf Grund der Ziffer 3 des §. 373 der Str.P.O.) mehrfach dadurch veranlaßt worden, daß in den Gründen zu verurtheilenden Erkenntnissen der Vorschrift des §. 300 Abs. 2 der Str.P.O. nicht entsprochen sei, indem statt möglichst specieller Bezeichnung der einzelnen Beweismittel für die von der Strafkammer als erwiesen angenommenen Thatsachen nur im Allgemeinen und höchst summarisch, in einzelnen Fällen sogar nur unter Bezeichnung der Gattung der erhobenen Beweise Bezug genommen war.

Es kann nun nicht geläugnet werden, daß solche oberflächliche Darstellungsweise dem Wortlaut, Zweck und Geist des Gesetzes nicht entspricht und es wäre sehr zu wünschen, daß die Respicienten der Strafkammern sich jeweils die, wie gern zugestanden wird, im einzelnen Fall mühselige und zeitraubende Aufgabe setzen würden, die durchschlagenden Belastungsbeweise wenigstens bezüglich der Hauptpunkte zu gruppiren.

Das großh. Oberhofgericht, als Cassationsgericht, hat bisher sich auf Mißbilligung der gerügten oberflächlichen Fassung der Entscheidungsgründe zu Strafurtheilen beschränkt, im Uebrigen aber in Berücksichtigung der Geschäftsüberhäufung einzelner Strafkammern und der wohl nicht ohne Absicht etwas weitgehaltenen Fassung des Gesetzes eine gewisse Milde vorwalten lassen.

So wurde unter Anderem durch Urtheil vom 20. März 1869:

J. A.S.

gegen

den Hauptlehrer Rupert Stiehle von Schwerzen,

wegen Verführung von Kindern und Amtsverbrechen,

die von dem Angeklagten gegen das Urtheil des großh. Kreisgerichts Waldshut, Strafkammer, vom 9. Februar d. J., No. 607, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, unter Verfällung des Angeklagten in die Kosten, als unbegründet verworfen und ausgeführt:

Der §. 300 Abs. 2 der Str.P.O. verlangt nur eine gedrängte Darstellung der vom Gerichte als erwiesen angenommenen Thatsachen in den Entscheidungsgründen, und die Bezeichnung der hiefür vorliegenden Beweismittel. Ob im einzelnen Falle nun dieser gesetzlichen Vorschrift genügt ist, untersteht dem Ermessen des Gerichts, welches sich vorzugsweise darnach zu richten hat, ob durch das eingehaltene Verfahren der Zweck, welcher durch jene Vorschrift bewirkt werden soll, auch wirklich erreicht werden kann.

Wenn es allerdings der Lage der Sache entsprechender gewesen wäre, die Beweismittel für jedes einzelne der angeschuldigten Vergehen getrennt zu bezeichnen, so muß doch angenommen werden, daß die Strafkammer für den vorliegenden Fall jener Bestimmung in genügender Weise entsprochen habe. Sie hat nämlich als diejenigen Beweismittel, welche ihr die Ueberzeugung von der Wahrheit der von ihr festgestellten Thatsachen beigebracht haben, die Aussagen der in der Hauptverhandlung

Digitized by Google

abgehörten Zeugen und die dort verlesenen Aktenstücke bezeichnet, und es ist dies auch für den Zweck, welcher durch jene gesetzliche Vorschrift erreicht werden soll, als genügend zu erachten. Da nämlich eine weitere Prüfung der Beweisfrage durch ein anderes Gericht nicht statthaft ist, so kann jene Vorschrift nur den Zweck haben, für ein etwa später vorkommendes Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens eine genügende Grundlage zu geben.

Berücksichtigt man nun, daß es sich hier um 2 Vergehen handelt, deren Thatbestand ganz einfacher Natur ist, indem derselbe ja nur aus einer einzigen, oder einzelnen gleichartigen Handlungen des Angeklagten besteht, und daß überdies beide Anschuldigungen nach Zeit und Personen genau geschieden sind, so kann es, namentlich auch bei Vergleichung der verschiedenen schriftlich und mündlich gestellten Anträge der Staatsanwaltschaft und des Vertheidigers auf Vorladung der betreffenden Zeugen, nicht zweifelhaft sein, welche der in dem Sitzungsprotokoll namentlich aufgeführten Zeugen als Belastungs- und welche als Entlastungszeugen aufgerufen waren, und welche derselben bezüglich jeder der beiden Anschuldigungen zu der einen, oder der andern Cathegorie zu rechnen seien.

Wenn daher der Angeklagte auch auf den Grund des §. 401 Ziff. 3 der Str.Pr.O. ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens erheben wollte, so wäre es für ihn ein Leichtes, diejenigen Personen unter den abgehörten Zeugen, oder diejenigen Urkunden zu bezeichnen, gegen welche er seine Beschuldigung zu richten hätte, um hierdurch sein Gesuch zu begründen, und ebenso wäre auch das urtheilende Gericht nach Lage der Akten in den Stand gesetzt, die Begründetheit eines solchen Gesuchs zu prüfen.

Da hiernach dem Angeklagten durch jenes Verfahren der Strafkammer ein wesentlicher Nachtheil überall nicht zugehen konnte, so würde, wenn man darin selbst eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens erblicken wollte, diese Verletzung doch jedenfalls nicht als eine wesentliche erachtet werden können.

Red.

122.

Rechtsfall aus dem Handelsrecht.

Unterpfandsverschreibung für einen zu eröffnenden Credit (Credithypothek). Natur und Umfang derselben.

In wie weit erstreckt sie sich auch auf Zins und Provision?

L.R.S. 2132. 2151.

In der Klagsache des Philipp Klar von Heidelberg gegen das dortige Bankhaus Gebrüder Zimmern, Pfandvorzug und Berichtigung einer Verweisung betr., hing die Entscheidung des ganzen Streites davon ab, welche Ausdehnung man der vom gemeinsamen Schuldner Handelsmann Jonas Maier dem genannten Bankhaus eingeräumten Credithypothek (Unterpfandsbestellung für einen dem Pfandgeber zu eröffnenden Credit) [1]) auf Grund des maaßgebenden Vertrags beilegte.

Die Frage war, näher ausgedrückt, die: ob das auf der Creditpfandbestellung vom 24. März 1863 beruhende Unterpfandsrecht des beklagten Bankhauses sich auf den festgesetzten äußersten Creditbetrag von 30,000 fl. einschließlich der bedungenen Zinsen zu 5 pCt. und der Bankprovision von ½ pCt. im Vierteljahr beschränkte.

Im Falle der Bejahung dieser Frage unterlag es nach Stand der Sache keinem Zweifel, daß die dem beklagten Bankhaus im Vollstreckungsverfahren weiter zugewiesene Summe bis zum Betrag von 5168 fl. nebst Zinsen vom 10. Oktober 1867 dem Kläger wegen seines unbestrittenen Unterpfandsrechtes zuzuweisen war.

Uebereinstimmend im Wesentlichen entschieden sich die Gerichte aller drei Rechtszüge für die angeführte Beschränkung des Unterpfandsrechts, somit für die Bejahung der mehrerwähnten Frage und für die Verurtheilung des Beklagten nach dem Klagbegehren.

---

[1]) Die Deckung eines zu gewährenden Credits durch Unterpfand oder andere Sicherheitsmittel (gedeckter Credit) ist in der Handelswelt nicht ungewöhnlich.

Vergl. Endemann, Handelsrecht, §. 143. 146.

Thöl, Handelsrecht, I. §. 140.

In Bezug auf das französische bürgerliche Recht, in welchem die Zulässigkeit der Bestellung von Credithypotheken nach der richtigen und herrschenden Ansicht anerkannt ist, vergl. Gilbert, code civil annoté, Art. 2132 Note 1—11, desgleichen Supplément, Art 2132 Note 1—6.

Digitized by Google

Das großh. Oberhofgericht insbesondere stützte sein Urtheil vom 13. Juli 1869 auf folgende

Entscheidungsgründe:

Mit Recht ist diese (die obige) Frage von den beiden vorderen Gerichten bejahend entschieden worden; die Beschwerden des Beklagten, Oberappellanten, erscheinen insgesammt als nicht begründet, wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt.

Die Richtigkeit der Auslegung, welche die früheren Richter den bezüglichen Urkunden [2]) gegeben haben, muß auch diesseits vollkommen anerkannt werden.

Für den Umfang und die Tragweite des dem Beklagten von Jonas Mayer eingeräumten Unterpfandsrechts ist wesentlich der Inhalt des Pfandeintrags vom 24. März 1863 nach seiner Wortfassung und dem Sinne beider Theile maaßgebend und entscheidend. Hiernach wurde dem Jonas Mayer ein laufender Credit bis zum Betrage von 30,000 fl. gegen unterpfändliche Versicherung [3]) mit Sammtverbindlichkeitsübernahme von Seiten der Ehefrau des Letztern eröffnet. Wenn auch ausdrücklich bestimmt wurde, daß die bewilligten Darlehensbeträge vom jeweiligen Empfangstage mit 5 pCt. verzinslich sind, und daß neben der bedungenen Verzinsung von den zu entleihenden Beträgen 1/3 pCt. Bankprovision vorbehalten ist, so ist doch schon an sich, bei der Festsetzung einer so bedeutenden Summe als höchsten Creditbetrags anzunehmen, daß dieser Betrag das äußerste Maaß des Gesammtcredits und auch der unterpfändlichen Sicherheit darstellen sollte, Zinsen, Provision u. s. w. miteinbegriffen. Dies läßt sich insbesondere mit Sicherheit auch daraus entnehmen, daß nach der beigefügten ausdrücklichen Bestimmung zur Feststellung des Schuldbetrages die aus den Büchern der Beklagten ersichtliche laufende Rechnung, der jeweilige Contocorrent, der ja auch Zinsen, Provision u. s. w. mitenthielt [4]), als maaßgebend gelten sollte.

Diese Auffassung entspricht aber auch ganz der Natur einer in der fraglichen Weise errichteten Credithypothek, indem hiebei wegen der Unbestimmtheit und des steten Wechsels der einzelnen Schuldbeträge gegenüber dritten Gläubigern mit Rücksicht auf den Grundsatz der Offenkundigkeit der Unterpfandsforderungen die Bezeichnung einer fest bestimmten Grenze für den Gesammtcredit sehr nothwendig erscheint. [5])

Weiter aber kommt noch die sehr bezeichnende Stelle in der Urkunde selbst, betreffend die Sammtverbindlichkeitsübernahme der Ehefrau, hinzu: „innerhalb der oben angenommenen Hauptsumme von 30,000 Gulden aus der einzugehenden Geschäftsverbindung an Darleben, Zinsen sowie etwaigen Kosten." Hiedurch wird die Richtigkeit der fraglichen Auslegung vollkommen bestätigt [6]), da nach Beschaffenheit des ganzen Geschäfts offenbar die Sicherstellung durch Unterpfand und Sammtverbindlichkeitsübernahme in gleichem Maaß und Umfang geschehen sollte und für eine größere Beschränkung der Letzteren (L.R.S. 2013 Abs. 2) gar nichts spricht.

Die verschiedenen Stellen der Urkunde müssen gemäß L.R.S. 1161 in Verbindung gebracht werden. In jedem Falle übrigens, selbst wenn die letzterwähnte Stelle nicht jeden Zweifel ausschlösse und die Auslegung sonst zweifelhaft erscheinen könnte, (was aber nach dem Obigen nicht anzunehmen ist), müßte die Auslegung nach L.R.S. 1162 im Falle des Zweifels dennoch gegen den Beklagten als denjenigen Theil, der sich etwas bedingen ließ, ausfallen.

(Schluß folgt.)

---

[2]) Da der Inhalt der bezüglichen Urkunden und der in Betracht kommenden Stellen im Folgenden, soweit es für unseren Zweck nöthig erscheint, näher angegeben ist, bedarf es einer näheren Mittheilung derselben nicht.

[3]) Die Festsetzung eines bestimmten Betrags ist nach L.R.S. 2132 nothwendig. Vergl. hierüber Zachariä, Handbuch § 266, Troplong, des priviléges et hypotheques nro. 545—550, nro. 476 flg., sowie die schon oben (in Anmerkung 1 am Schluß) angeführten Noten bei Gilbert.

[4]) Ansätze von Zinsen und Provisionen finden sich fast in jedem Contocorrent. Als zum kaufmännischen Geschäftsgewinn gehörig bilden die bezüglichen Posten einen nicht unwesentlichen Theil der Berechnung des Soll und Habens.

[5]) Vergl. Anmerkung 3 oben.

[6]) Durch den angeführten Satz sind Zinsen und Kosten deutlich als Posten, die unter der angenommenen Gesammtsumme (innerhalb der Hauptsumme von 30,000 fl.) begriffen sind, bezeichnet.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 18.**

(Schluß von Art. 122.)

Was die mit dem Pfandeintrag in Verbindung stehende Cautionsurkunde vom 1. April 1863 betrifft, so ist dieselbe späteren Datums als Ersterer, und auch abgesehen hievon könnte in Bezug auf den Umfang des Pfandrechts im Falle des Widerstreites nach L.R.S. 2134 immer nur der Pfandeintrag selbst entscheiden. Ein Widerspruch ist jedoch in der That gar nicht vorhanden, denn der Inhalt der Cautionsurkunde entspricht im Wesentlichen durchaus dem Inhalt des Pfandeintrags. Dies gilt insbesondere vom Schluß der Cautionsurkunde. Die gegen Anfang sich findende Stelle „zur Sicherheit des gläubiger'schen Bankhauses für Hauptsumme und Zinsen, auch etwaigen Schaden und Kosten" kann und muß im Einklang mit dem obigen Sinne aufgefaßt werden, so nämlich, daß hiebei immer die Einhaltung der bezeichneten festen äußersten Grenze vorausgesetzt wird.

Bei solcher Sachlage kann auch die allgemeine Vorschrift des L.R.S. 2151 über das Unterpfandsrecht uneingetragener Zinsen und Renten eines unterpfändlich gesicherten Capitals dem Beklagten nicht zu Statten kommen, eben weil eine besondere abweichende Vertragsbestimmung hierwegen vorhanden ist, welche wie in anderer Hinsicht zum Vortheil des Beklagten so auch zum Nachtheil desselben Maaß gibt.

Aus der bisherigen Ausführung ergibt sich aber auch, daß der Beklagte ebensowenig auf Grund der von der Ehefrau des Jonas Mayer übernommenen Sammtverbindlichkeit in Ausübung der Rechte seiner Schuldnerin ein weiteres über den Betrag von 30,000 fl. hinausgehendes Unterpfandsrecht beanspruchen kann, da ja auch ihre sammtverbindliche Haftung in gleicher Weise beschränkt ist, wie die Credithypothek.

Der Beklagte suchte zwar, wie in der mündlichen Verhandlung weiter ausgeführt wurde, seinem bezüglichen Anspruch auch noch in der Art Eingang zu verschaffen, daß er in erster Reihe von der Ehefrau als Sammtschuldnerin, soweit möglich, Befriedigung erlangen und sodann für den hiernach verbleibenden Rest seines Guthabens erst auf den Hauptschuldner Jonas Mayer und das Unterpfand innerhalb des Betrags von 30,000 fl. greifen zu wollen erklärte, dieses Vertheidigungsmittel erscheint jedoch schon deßhalb durchaus unhaltbar, weil sich die Ehefrau für den nämlichen Anspruch bis zu 30,000 fl. nicht aber für andere 30,000 fl. sammtverbindlich gemacht hat, und demnach die etwa von ihr erlangte Zahlung in gleicher Weise innerhalb des Betrags von 30,000 fl. in Rechnung kommen müßte, so daß auch in diesem Falle die höchste Grenze nach Maßgabe des Vertrags nicht überschritten werden könnte.

Hiernach ist das angefochtene Urtheil mit Verfällung des Oberappellanten in die Kosten auch des dritten Rechtszuges zu bestätigen, ohne daß eine Prüfung des vom Kläger eventuell geltend gemachten weitern Klaggrundes, der sich auf die dem Kläger gegenüber übernommene Sammtverbindlichkeit der Ehefrau des Jonas Mayer stützt, nöthig fällt.

E. Brauer.

123.

Kassationsfall.

Unter welchen Bedingungen kann ein freigesprochener Mitangeklagter als Entlastungszeuge vorgeschlagen werden.

Auch bei dem Rekursgericht genügt im Falle des §. 393 der Str.P.O. die Vorlesung einer, bei der Hauptverhandlung erster Instanz festgestellten Aussage.

Der öffentliche Diener, gegen welchen bei Ausübung seines Dienstes ein Versehen verübt worden ist, darf als Zeuge über dasselbe behandelt werden.

J. A.S.
gegen
den Lindenwirth Anton Weber von St.

Digitized by Google

Georgen, und Johann Georg Schächtele von Thiengen, hier den Ersteren allein,

wegen Widersetzlichkeit,

ward auf gepflogene Verhandlung von großh. Oberhofgericht zu Recht erkannt:

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, Anton Weber, gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Rekurskammer, vom 23. März d. J., No. 662, soweit es besagt:

Das Urtheil des großh. Amtsgerichts Freiburg vom 19. v. Mts. sei, unter Verfällung des Lindenwirths Anton Weber in sämmtliche Kosten des Rekursverfahrens, dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern:

Lindenwirth Anton Weber von St. Georgen sei der Widersetzlichkeit schuldig und deßhalb zu einer Amtsgefängnißstrafe von vier Wochen und zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens erster Instanz und des Urtheilsvollzugs, zu verurtheilen.

sei — unter Verfällung des obgenannten Angeklagten in die Kosten des deßfallsigen Verfahrens, theils als unzulässig, theils als unbegründet zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

Die von dem Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen das von großh. Kreis und Hofgericht Freiburg als Rekursinstanz erlassene Erkenntniß vom 23. März l. J. gerichtet, daher dieses Rechtsmittel nur in der in §. 398 der Str.P.O. bezeichneten Beschränkung stattfindet.

Wenn nun aber nach §. 398 und der dort angezogenen Ziff. 3 des §. 373 der Str.P.O die Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bei der Hauptverhandlung oder Urtheilsfällung einen Nichtigkeitsgrund bilden kann, so hat doch der Angeklagte eine solche Verletzung der Vorschriften des Verfahrens mit Unrecht in dem Umstande finden wollen, daß der Mitangeklagte J. G. Schächtele von Thiengen nicht als Entlastungszeuge für ihn, den Angeklagten Weber, behandelt worden ist. Denn nachdem Schächtele von Anfang an als Theilnehmer oder Gehilfe an dem fraglichen Vergehen angeschuldigt, diese Anschuldigung auch in der Rekursinstanz noch aufrecht erhalten war, und wenn die Freisprechung des Schächtele, welche in dieser letzteren erging, wie dies aus den Entscheidungsgründen sich ergibt, nicht deßhalb geschehen ist, weil das Gericht keinerlei Verdacht mehr gegen denselben gehegt hätte, sondern nur, weil dasselbe die vorliegenden Beweise nicht als zu einer Verurtheilung genügend erachtete; so war es gemäß §. 113 und 234 der Str.P.O. durchaus gerechtfertigt, daß Schächtele nicht als Zeuge behandelt wurde.

Ebenso ist es nicht begründet, wenn der Angeklagte eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens darin finden will, daß das Rekursgericht sich hinsichtlich seiner, des Angeklagten Weber, Ehefrau auf eine Berücksichtigung ihrer bei der Hauptverhandlung erster Instanz gemachten Aussage beschränkt hat, und auf die von dem Angeklagten beantragte Vertagung der Verhandlung und nochmalige persönliche Vorladung dieser Zeugin nicht eingegangen ist.

Wie nämlich bei der Hauptverhandlung, selbst bei kreisgerichtlichen Straffällen nach §. 217 und 218 der Str.Pr.O., unter Umständen die bloße Vorlesung der in der Voruntersuchung gemachten Aussagen eines Zeugen zulässig ist, ebenso muß bei dem Rekursgericht im Fall des §. 393 der Str.Pr.O. die bloße Vorlesung einer bei der Hauptverhandlung erster Instanz geschehenen und festgestellten Aussage unter Umständen genügen; und die vorgelegenen Umstände waren geeignet, dieses Ersatzmittel zu rechtfertigen, da einerseits die Aussagen der bemerkten Ehefrau keinen wesentlichen Theil des Vorganges betrafen, und nach §. 106 der Str.Pr.O. nur unbeeidigt gemacht werden durften, und anderseits nach dem vorgetragenen Grunde der Verhinderung dieses Zeugen eine Vertagung der ganzen Verhandlung auf längere Zeit in Aussicht gestanden wäre.

Wenn nebenbei von dem Angeklagten auch dagegen Einwand erhoben wurde, daß der Steueraufseher hinsichtlich des ihm bei Ausübung seines Dienstes widerfahrenen Vergehens als Zeuge behandelt worden ist, so entbehrt dieser Einwand alles rechtlichen Werthes und die Beschwerde des Angeklagten dagegen, daß der Steueraufseher, ungeachtet seines Diensteides, noch besonders als Zeuge handgelübdlich verpflichtet wurde, ist um so grundloser, als durch dieses Verfahren offenbar nur die Garantie einer wahrheitsgemäßen Aussage vermehrt wurde.

Red.

Digitized by Google

124.

Bei Familienstiftungen ist nicht das Familienhaupt, als Repräsentant der Familie, zur Klage auf Zuerkennung des Stiftungsgenusses berechtigt, sondern nur das durch die Stiftung bedachte Familienglied.

Auslegung eines letzten Willens.

J. S.

des Daniel Dettelbach in Gailingen, Klägers, Appellanten, Oberappellaten,

gegen

die Brautausstattungsstiftung des verstorbenen Salomon Oettinger, unter Vertretung des großh. Verwaltungshofes, Beklagte, Appellatin, Oberappellantin,

Anspruch auf besagte Stiftung betr.

Salomon Oettinger hat durch letztwillige Verfügung vom 3. Juli 1841 eine Stiftung errichtet mit der Bestimmung, daß „von dem Zinsenertrag arme Mädchen aus seiner und seiner Ehefrau Familie — jedoch mit Ausnahme der Bernhard Dettelbachischen Familie, die ewig ausgeschlossen bleiben sollen — ausgesteuert werden."

Der Kläger, unbestritten Mitglied einer genußberechtigten Familie, hat eine Tochter des Bernhard Dettelbach, welcher ein Oheim der Ehefrau des Stifters, aber derjenige ist, dessen Familie vom Stiftungsgenuß ewig ausgeschlossen sein soll, zur Frau und aus dieser Ehe eine noch unverheirathete Tochter. Für diese Tochter machte der Kläger außergerichtlich Anspruch auf den Stiftungsgenuß, wurde aber damit zurückgewiesen, und er verlangte nun mittelst einer gerichtlich erhobenen Klage, daß zu Recht erkannt werde: „Es stehe dem Kläger und beziehungsweise allen seinen Familienangehörigen hinsichtlich der unverheiratheten Töchter derselben, so lange die beklagte Stiftung existirt, das Recht auf Anspruch an der Heirathsunterstützung ad 550 fl., von welchen unter Ziff. 20 der letztwilligen Verfügung die Rede ist, nach Maaßgabe der allgemeinen im Testament enthaltenen deßfallsigen Bestimmungen zu, und es sei die Beklagte schuldig, dieses klagend in Anspruch genommene Recht anzuerkennen und solches jeweils nach Maaßgabe des geheimen Testaments des verstorbenen Salomon Oettinger von Gailingen dd. 3. Juli 1841 vorkommenden Falls anzuwenden."

Die Civilkammer hat den Kläger abgewiesen, weil dessen Ehefrau ein Mitglied der vom Stiftungsgenuß ausgeschlossenen Familie des Bernhard Dettelbach ist. Der Appellationssenat hat dem Klagbegehren entsprochen, weil Kläger selbst zu einer genußberechtigten Familie gehört. Auf die gegen letztere Entscheidung ergriffene Oberappellation des beklagten Theils wurde das Urtheil der zweiten Instanz aufgehoben und jenes des ersten Rechtszuges wieder hergestellt, weil das großh. Oberhofgericht die Sachberechtigung des Klägers, welche die vorderen Instanzen in ihren Entscheidungsgründen keiner besonderen Prüfung unterwarfen, nicht für vorhanden erachtete. Es lauten die oberhofgerichtlichen

Entscheidungsgründe.

„Gegen das den beklagten Theil verurtheilende Erkenntniß der zweiten Instanz hat derselbe zunächst sich aus dem Grunde beschwert, weil es dem Kläger an der Sachberechtigung fehle.

Diese Beanstandung ist im III. Rechtszuge noch zulässig, weil sie nicht auf eine neue Thatsache gegründet ist, sondern lediglich zur Prüfung der rechtlichen Begründung der Klage gehört, welche das Gericht von Amtswegen vorzunehmen hat.

Die erwähnte Einwendung erscheint auch als begründet.

Nach der Klagbegründung ist ein bereits bestehendes, vom beklagten Theile bestrittenes Recht, welches Gegenstand eines Civilprozesses sein kann, nur auf Seite der Tochter des Klägers, Sophie Dettelbach, vorhanden. Diese ist aber weder selbst, noch deren Vater in ihrem Namen, — entweder als gesetzlicher Vertreter, insofern sie noch minderjährig sein sollte, oder im Falle ihrer Volljährigkeit als ihr Bevollmächtigter, oder etwa als Gläubiger derselben nach L.R.S. 1166 — klagend aufgetreten. Vom Kläger ist vielmehr erklärt worden, es werde sich die specielle Verfolgung des der Tochter Sophie zustehenden Rechts für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten, woraus sich zur Genüge ergibt, daß in vorliegender Sache auf Seite des klagenden Theils nicht Sophie Dettelbach als Partei anzusehen ist.

Daniel Dettelbach ist aber für seine Person nur berechtigt, ihm selbst zustehende Rechte vor Gericht zu verfolgen, das klagend geltend gemachte Recht kann jedoch ihm selbst auf den Grund der Klagbehauptungen unter keinen Umständen zustehen, und es wird dasselbe auch

Digitized by Google

von ihm für seine Person nicht in Anspruch genommen. Auch in seiner Eigenschaft als Familienhaupt kann er nicht zur Klage berechtigt erachtet werden, da die fragliche Familienstiftung kein Familieneigenthum oder Stammgut im Sinne der L.R.Z.S.S. 577 c.a ff. bildet, bei welchem allerdings der jeweilige Besitzer als Eigenthümer erscheint und deßhalb alle das Stammgut betreffende Klagen in eigenem Namen anstellen kann, — und da ferner bei dergleichen Familienstiftungen, wie die vorliegende, nur die einzelnen Familienangehörigen, welchen der Stiftungsgenuß zugedacht ist, als die Berechtigten gelten, nicht aber die Familie an sich als juristische Person und das Familienhaupt als gesetzlicher Repräsentant derselben betrachtet werden und in dieser Eigenschaft zur Klage berechtigt sein kann.

Unter diesen Umständen findet auch §. 256 der Pr.O. keine Anwendung, weil das vor die Gerichte gebrachte Klagrecht für den Kläger weder schon jetzt existirt noch später zur Existenz gelangen kann.

Daniel Deltelbach erscheint hiernach nicht als der rechte Kläger, weßhalb, ohne auf die Sache selbst einzugehen, derselbe mit der erhobenen Klage zurückgewiesen werden mußte, in Anwendung des §. 170 der Pr.O. wegen der Prozeßkosten."

Anmerkung:

In Folge der vorstehenden Entscheidung hatte der höchste Gerichtshof keine Veranlassung, seine Ansicht über die Sache selbst auszusprechen. Es dürfte jedoch keinem erheblichen Bedenken unterliegen, daß die Entscheidung des Appellationssenats dem Willen und der Verfügung des Stifters entsprechend ist. Hiernach sind:

1) Genußberechtigt die armen Mädchen aus seiner und seiner Ehefrau Familie, mit Ausnahme der von Bernhard Dettelbach abstammenden.
2) Nichtberechtigt sind also:
   a) alle Familienfremden,
   b) von den zur Familie der Ehefrau des Stifters Gehörigen die armen Mädchen der Bernhard Dettelbach'schen Familie.

Demnach sind nach Maßgabe der Stiftungsurkunde die Mitglieder der Bernhard Dettelbach'schen Familie den Familienfremden völlig gleichgestellt, sie sollen nämlich bezüglich des Stiftungsgenusses nicht als zur Familie des Stifters und dessen Ehefrau gehörig betrachtet werden; denn wie dasjenige arme Mädchen, welches von einem weder mit dem Stifter noch mit dessen Ehefrau verwandten Elternpaar abstammt, niemals zum Stiftungsgenuß berechtigt ist, ebenso soll auch ein aus dem verwandten Bernhard Dettelbach'schen Stamm entsprossenes armes Mädchen gleichfalls zu keiner Zeit zum Stiftungsgenuß gelangen können, es soll „ewig ausgeschlossen bleiben." Wie aber auf der einen Seite nicht nöthig ist, daß ein armes Mädchen, um zum Stiftungsgenuß zugelassen werden zu können, väterlicher und mütterlicher Seits von genußberechtigten Familienmitgliedern abstamme, sondern es genügt, wenn nur Vater oder Mutter zu einer genußberechtigten Familie gehört, — so ist es auf der anderen Seite gleichgiltig, ob derjenige Elterntheil, welcher nicht aus einer genußberechtigten Familie abzustammen braucht, ein Familienfremder oder ein Angehöriger des vom Stiftungsgenuß gleich einem Fremden auf ewig ausgeschlossenen verwandten Stammes ist. Wie daher die Abkömmlinge eines Familienfremden, welcher selbst nicht genußberechtigt und daher ausgeschlossen ist, dessenungeachtet in dem Fall, wenn sie aus einer zwischen jenem Fremden und einem zum Stiftungsgenuß Berechtigten eingegangenen Ehe abstammen, auf die Stiftung Anspruch machen können — ebenso muß den Nachkommen des Bernhard Dettelbach, welche als solche vom Genuß ausgeschlossen sind, in dem Falle dennoch die Genußberechtigung zuerkannt werden, wenn sie aus einer, zwischen dem ausgeschlossenen Verwandten und einer zum Genuß berechtigten Person abgeschlossenen Ehe entsprossen sind. Es ist kein Grund vorhanden, zu unterstellen, daß der Stifter, welcher die Nachkommen von Familienfremden und die Nachkommen des Verwandten Bernhard Dettelbach in gleicher Weise nicht berücksichtigt hat, die Letzteren insofern ungünstiger als die Ersteren behandeln wollte, daß sie auch in dem Falle, wenn sie zugleich Abkömmlinge eines genußberechtigten Stammes sind, ausgeschlossen sein sollen, — man wird vielmehr, da der Stifter für diesen Fall etwas Weiteres zum Nachtheile solcher Nachkommen des Bernhard Dettelbach ausdrücklich nicht verfügt hat, sie in Gemäßheit der wirklich getroffenen Verfügung nur in ihrer Eigenschaft als Nachkommen desselben für ausgeschlossen betrachten können, was ihnen selbstverständlich ihr Recht, welches sie aus einem anderen Grunde geltend zu machen befugt sind, nicht entziehen kann. Wenn zur Rechtfertigung der Oberappellation gesagt wird, das Verwandtschaftsverhältniß sei das All-

Digitized by Google

gemeine, der Ausschluß bestimmter Verwandten das Besondere, und diejenigen Verwandten, bei welchen dies besondere Verhältniß eintritt, seien demnach als ausgeschlossen zu behandeln, möge auch die allgemeine Berufung der Verwandten bei ihnen zutreffen, — so erscheint allerdings die Berufung der Verwandten als das Allgemeine oder die Regel, und sodann der Ausschluß einer bestimmten Kategorie von Verwandten als das Besondere oder die Ausnahme, aber gerade deßhalb gelangt man zu dem entgegengesetzten Schluß. Das in der Stiftungsurkunde bestimmte Besondere ist nämlich nach einer bei Auslegung sowohl von Gesetzen, als von Verträgen oder letzten Willenserklärungen allgemein anwendbaren Auslegungsregel auf seinen Fall zu beschränken, darf nicht über seine Grenzen ausgedehnt werden, unterliegt der strengsten Interpretation, exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, exceptio est strictissimae interpretationis. Ferner wird zur Rechtfertigung der Oberappellation vorgetragen, daß zur Zeit der Errichtung des Salomon Oettinger'schen Testaments (3. Juli 1841) die Tochter Babette des Bernhard Dettelbach schon mit dem Kläger verehelicht gewesen sei, und daraus, daß sich der Stifter nicht veranlaßt fand, für die Nachkommen der Babette Dettelbach um deßwillen, weil sie zugleich Nachkommen des Klägers sind, eine Ausnahme festzusetzen, wird gefolgert, es habe der Stifter offenbar auch diese Nachkommen des Bernhard Dettelbach unter dem allgemeinen Ausschluß aller Nachkommen desselben inbegriffen wissen wollen. Allein abgesehen davon, daß jene Thatsache, weil erst im dritten Rechtszuge vorgebracht, nach §. 1154 der Pr.O. nicht beachtet werden darf, so kann sie an der ohnedies sich ergebenden rechtlichen Beurtheilung der Tragweite des Willens des Testators, der allerdings allein zum Vollzuge kommen soll (L.R.S.S. 1100 d. a. 1100 d. b. 1156) nichts ändern. Der Testator hat nämlich jener einzigen Ausnahme, daß die Nachkommen des Bernhard Dettelbach nicht zum Genusse berufen sein sollen, noch eine weitere Ausnahme des Inhalts, wie der beklagte Theil sie behauptet, nämlich die, daß für einen gewissen Fall auch die nach der allgemeinen Bestimmung und unter Berücksichtigung jener Ausnahme berufenen Nachkommen nicht genußberechtigt sein sollen, nicht hinzugefügt, daher es bezüglich dieser Verwandten auch unter dem bezeichneten Umstande bei der Regel verbleiben muß. Selb.

125.

Oberhofgerichtliche Entscheidung über Anwendung des §. 351 der Pr.O.

In Sachen
des Vital Baldas in Mörsch, Klägers, Appellanten, nun dessen Erben, Oberappellanten,

gegen
die Gemeinde Mörsch, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,

Forderung betreffend,

hatte das Gericht erster Instanz die erhobene Klage im Allgemeinen für begründet erkannt, dieselbe jedoch darum als noch zur Zeit nicht stattfindend abgewiesen, weil der Kläger Vital Baldas noch nicht auf die für den Hauptaccordanten Peter Henle durch dritte Personen eingelegten Cautionsobjecte gegriffen hatte.

Der Kläger hatte dann in der Appellationsinstanz, nachdem er im Einverständniß mit der Beklagten zum Zwecke der Ausklagung der Cautionssteller das Beruhen der Appellationsverhandlungen erwirkt, und nachdem er inzwischen die Cautionssteller auch ausgeklagt hatte, unter Geltendmachung des Ergebnisses der hierwegen geführten Rechtsstreite auf die Fortsetzung der ausgesetzten Verhandlungen und auf ein Erkenntniß nach Maaßgabe jenes Ergebnisses angetragen; das Appellationsgericht bestätigte jedoch das amtsgerichtliche Urtheil, indem dasselbe die vom Kläger aus jenen Rechtsstreiten vorgetragenen neuen Thatsachen als eine Klagänderung und darum als unzulässig erachtete.

Hiegegen sprach sich das großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 25. Oktober 1866 dahin aus:

„Diese Thatsachen waren erst nach der Klagerhebung, beziehungsweise im Laufe des Rechtsstreits in zweiter Instanz, aber noch vor der Erlassung des zweitinstanzlichen Urtheils entstanden und dazu geeignet, das der Klagbarkeit der eingeklagten Forderung bisher im Wege gestandene Hinderniß zu beseitigen. Solche Thatsachen erscheinen aber nach §. 351 und §. 330 der Pr.O. vom Jahre 1851 im Allgemeinen noch als zulässig.

Diese Gesetzesbestimmung hat nämlich den Zweck, in dem Falle, wo das Bestehen des eingeklagten Rechtes an sich zweifellos, aber die Klagbarkeit desselben zur Zeit der Klagerhebung noch nicht vorhanden war, weil

Digitized by Google

dieſe etwa an eine Aufkündigungsfriſt, oder an die Erfüllung einer aufſchiebenden Bedingung oder dergleichen gebunden iſt, wo aber dieſes Hinderniß der Klagbarkeit in der Zwiſchenzeit von der Klagerhebung bis zur Fällung des Urtheils beſeitigt wird, die dieſe Beſeitigung begründenden Thatſachen noch zuzulaſſen, und damit die ſonſt gebotene Abweiſung der Klage zur Zeit, alſo die Verzögerung der definitiven Erledigung des Rechtsſtreites abzuſchneiden.

Commiſſionsbericht der II. Kammer zum Prozeßordnungsentwurf vom Jahr 1850 S. 283 §. 13.

Da nun aber das Geſetz ſelbſt für die Geltendmachung ſolcher Thatſachen eine Beſchränkung hinſichtlich der einzelnen Rechtszüge nicht enthält, nach ſeinem Grund und Zweck vielmehr nur der Zeitpunkt der Entſtehung dieſer Thatſachen für deren Geltendmachung und ſomit für die Anwendung des Geſetzes auf ſie entſcheidend ſein kann, ſo kann es auch keinen Unterſchied bewirken, ob dieſe Thatſachen noch in erſter Inſtanz, oder aber ob ſie erſt in einem der folgenden Rechtszüge ihre Exiſtenz erlangt haben, wenn ſie nur dort vor der Erlaſſung des Urtheils geltend gemacht worden ſind.

Das Appellationsgericht hat nun mit dem Unterrichter den Klaganſpruch an ſich als begründet erachtet; der Kläger hatte aber unter Berufung auf die deßfalls erwachſenen Prozeßacten und unter Anführung des Ergebniſſes dieſer Prozeſſe behauptet, daß er inzwiſchen auch die Beſitzer der zur Caution eingeſetzten Unterpfänder ausgeklagt habe, daß alſo die ſeinem Anſpruche bisher entgegengeſtandene aufſchiebende Bedingung nunmehr erfüllt, und hiermit der, der Klagbarkeit ſeiner Forderung im Wege geweſene Umſtand beſeitigt ſei; das Appellationsgericht war daher nach der Beſtimmung des allegirten Geſetzes nunmehr auch in die Lage verſetzt, mit Berückſichtigung dieſer neuen Thatſachen über den klägeriſchen Anſpruch definitiv zu erkennen.

Es iſt zwar nicht zu verkennen, daß durch den Vortrag dieſer Thatſachen die Klage theilweiſe geändert wurde; dies ſteht jedoch deren Zulaſſung im vorliegenden Falle nicht entgegen. Die Beklagte war nämlich nicht befugt, die Einlaſſung auf jene Thatſachen zu verweigern, nachdem ſie ſich ſelbſt damit einverſtanden erklärt hatte, daß die Appellationsverhandlungen einſtweilen ausgeſetzt, und die Zwiſchenzeit vom Kläger dazu benutzt werde, die Cautionsſteller auszuklagen, und damit alſo das der Klagbarkeit der klägeriſchen Forderung noch entgegenſtehende Hinderniß aus dem Wege zu räumen.

Der Kläger erſcheint hiernach durch das Urtheil der vordern Inſtanz als beſchwert. Da jedoch von der Letztern noch nicht über die Materialien des Rechtsſtreites erkannt, vielmehr aus formellen Gründen die Entſcheidung über dieſelben verſagt worden, daher von derſelben ein Endurtheil im Sinne des Geſetzes nicht erlaſſen iſt, ſo erſcheint auch das Gericht der dritten Inſtanz nicht in der Lage, des Endurtheil in der Sache zu erlaſſen, es mußte dieſelbe daher zur weiteren Verhandlnng nnd Entſcheidung an das Gericht der vordern Inſtanz zurückgewieſen werden. Red.

126.

Ueber ſog. alternative Concurrenz der Klagen.

Die Anſichten und Entſcheidungen darüber, ob der Verkäufer nach erhobener Klage auf Auflöſnng noch die Erfüllung begehren und umgekehrt von dieſer Klage auf jene zurückgreifen dürfe, ſind, wie ſich aus Annalen IX. S. 158, Beibl. S. 34, XII. S. 253, XXV. S. 236, Jahrb. XII. S. 166. 253, Magazin I. S. 506 ergibt, ſehr verſchieden.

Der Code enthält keine, wenigſtens keine unmittelbare Entſcheidung und ſo wird meiſtens auf das römiſche Recht zurückgegangen, und, weil hier in l. 7 D. 18. 3 geſagt iſt, daß der Verkäufer, welcher auf Erfüllung klage, damit auf die Klage aus der lex commissoria verzichtet habe, ſo wird eben dieſer Satz auch bei uns angewendet.

Dieſes „legi commissoriae renunciatum videtur“ in der angeführten Stelle iſt aber kein richtiger Schluß, denn es kann aus der Wahl der Klage auf Erfüllung keineswegs mit logiſcher oder juriſtiſcher Nothwendigkeit der Verzicht auf die Auflöſung gefolgert werden.

Der von Savigny, Syſt. Bd. V. S. 257 dafür angeführte Grund, daß die beiden Klagen zu einander in einem widerſprechenden, alſo „ausſchließenden“ Verhältniſſe ſtehen, iſt auch nicht richtig, und ließe, wenn er zuträfe, noch die Frage übrig, ob daraus folge, daß ſchon die Wahl der einen die andere Klage ausſchließe.

Um zu beurtheilen, ob die beiden Klagen in einem ausſchließenden Verhältniſſe ſtehen, iſt zu unterſuchen, warum die kommiſſoriſche Klauſel beigefügt worden iſt.

Digitized by Google

Dies geschah offenbar im Interesse des Verkäufers (venditoris causa cavetur l. 2 D. 18. 3) — und dieses Interesse besteht darin, daß demselben für den schlimmsten Fall, d. h., wenn er den Kaufpreis nicht erlangen sollte, doch die Sache zurückgegeben werde; er soll gegen die Gefahr geschützt sein, den Kaufpreis und die Sache zu verlieren.

Ist aber dies der Zweck, so folgt daraus, daß das Verhältniß beider Klagen ebensogut ein successives oder subsidiäres sein kann, wie ein sich ausschließendes, alternatives — d. h. man kann sich ebensogut denken, daß der Käufer von der Klage auf Erfüllung Gebrauch mache, nicht weil er auf die Auflösung verzichte, sondern, weil er vorerst versuchen will, zur Bezahlung zu gelangen und, weil ihm für den Fall des Mißlingens immer noch die Möglichkeit offen steht, im Wege der Auflösungsklage mindestens wieder zum Kaufgegenstand zu gelangen.

Führt der Zweck der commissorischen Clausel zu dieser Auslegung des Gedankens des Verkäufers, oder doch schließt dieser Zweck die Nothwendigkeit der Annahme aus, daß derselbe nur auf Erfüllung klage, weil er auf die Auflösung verzichten wolle, und spricht gegen die letztere Auslegung noch der anerkannte Rechtssatz, daß Verzichte nicht vermuthet werden, so steht die Sache so:

Das römische Recht spricht zwar in der angeführten Stelle und in l. 4 §. 2 D. 18. 3 den Satz aus, daß die Wahl der einen Klage als Verzicht auf die andere gelte, allein es faßt das Verhältniß beider zu einander einseitig und daher unrichtig auf und liegt deßhalb kein Grund vor, solches ohne Weiteres nachzuahmen.

Es sind von Savigny a. a. O. noch weitere sieben Fälle sogenannter alternativer Concurrenz der Klagen zusammengestellt, welche auf positiven Aussprüchen der Quellen beruhen, von denen aber zum Theil von Savigny hervorgehoben wird, daß sie eines verständigen innern Grundes entbehren, und welche man gewiß bei uns nicht nachahmen wird, so z. B. die Wahl zwischen der actio de calumniatoribus und der Condiktion des hingegebenen Geldes, zwischen der Vertragsklage gegen den Entleiher, welcher die geliehene Sache stehlen ließ, und die Klage gegen den Dieb.

Sonach sind wir darauf angewiesen, die Frage nach inneren Gründen, aus sich selbst heraus zu entscheiden, und können aus dem römischen Rechte nur einen Wink für deren Lösung entnehmen, den nämlich, inwiefern oder unter welchen Umständen und Voraussetzungen ein Verzicht auf die andere in der Wahl der einen Klage enthalten sei.

Man führt zwar für die Theorie des Verzichts auch aus dem Code entnommene Gründe an.

Von diesen ist jedoch keiner zutreffend. Auf S. 1189 ff. kann man sich nicht stützen; es sagt zwar Zachariä §. 300 a. E. im Hinblick auf die in Note 8 angeführten Autoritäten, daß eine Wahlverbindlichkeit zur einfachen werde, wenn die Wahl zwischen beiden Leistungen geschehen und von der anderen Seite angenommen worden ist.

Einmal findet sich dieser Satz im Gesetze nicht und läßt sich (vergl. Vangerow Pandekten III. §. 569 Anm. 1 Ziff. 2) sehr bestreiten, fürs andere aber fehlt der Beweis, daß die Verbindlichkeit unter commissorischer Clausel nur als Wahlverbindlichkeit nicht auch, wie oben angedeutet, als successive oder subsidiäre gedacht werden muß oder kann.

Der Berufung auf L.R.S. 1271 ' steht L.R.S. 1273 in so lange entgegen, als nicht nachgewiesen wird, daß der Wahl der einen Klage die Absicht zu Grunde liege, eine Rechtswandlung herbeizuführen.

Was die Rechtsähnlichkeit des L.R.S. 1338 in dieser Frage beweisen soll, ist nicht abzusehen.

Hiernach ist der einzelne Fall für sich zu prüfen und sind folgende Unterscheidungen geboten:

I. Ausdrückliches oder stillschweigendes Geding der Auflösung.

1) Klage gegen den andern Contrahenten:

a) Es wurde zuerst auf Erfüllung durch Zahlung des Preises geklagt.

Gibt man auch nur die Möglichkeit zu, daß die commissorische Clausel so verstanden werden kann, daß sie eine Sicherung des Gläubigers sein soll, so darf aus der Klage auf Erfüllung kein Verzicht auf das letzte Mittel, die Wiedererlangung der Sache im Wege der Auflösung, gefolgert werden.

Wenn der Beklagte in Folge der Klage zahlt, dann wird er allerdings gemäß L.R.S. 1189 ledig, unterläßt er aber dies, so kann der Verkäufer auf den nicht aufgegebenen Anspruch auf Auflösung zurückkommen.

Dieser Ansicht müssen Diejenigen beitreten, welche die Verzugsetzung als eine Bedingung der Auflösungsklage ansehen; denn, was enthält die Verzugsetzung an-

Digitized by Google

deres, denn eine Erklärung, daß man bezahlt sein wolle? Warum soll aber die Anforderung der Leistung in dieser Form nicht nur keinen Verzicht auf die Auflösung enthalten, sondern eine Voraussetzung derselben, in Form der Klage aber eine andere Willenserklärung sein?

b) Hat der Käufer auf Erfüllung durch Ueberlieferung geklagt, so liegt auch hier kein Grund vor, ihn auf den Weg der Vollstreckung zu verweisen, wenn der Beklagte nicht leistet und vielleicht erst leisten will, nachdem in Folge längeren Zeitablaufes die Leistung an Werth verloren hat und die Aussicht auf Entschädigung zweifelhaft geworden ist.

c) Die Auflösungsklage ging voraus. Hier scheint die Sache zweifelhafter, weil bei obiger Auffassung das Verhältnisses beider Klagen zu einander, wornach die auf Auflösung des Vertrages als das letzte Mittel erscheint, Schaden abzuwälzen, ihre sofortige Anstellung auch als die Erklärung erscheinen muß, daß man den Versuch, die Erfüllung zu erzwingen, aufgebe.

Hier trifft L.R.S. 1108b zu, d. h. es kann die Wahl der Vertragsauflösung nicht anders als ein Verzicht auf die Erfüllung angesehen werden.

Wie aber jeder Verzicht, um bindend zu werden, der Annahme bedarf: so ist auch hier das Recht auf die Erfüllung nicht eher verloren, als bis der Beklagte entweder in die Auflösung eingewilligt hat, oder hiezu rechtskräftig verurtheilt ist.

Würde dagegen der Beklagte sich dem Begehren auf Auflösung widersetzen, der Kläger sodann seine Klage fallen lassen und auf Erfüllung dringen, so müßte den Beklagten, wenn er jetzt auf der früher beantragten Auflösung beharrte, der Vorwurf der Arglist treffen.

2) Klage gegen dritte Besitzer:

a) Gegen einen etwaigen zweiten Käufer ist die Klage auf Erfüllung (Zahlung) nur unter der Voraussetzung denkbar, daß dieser angewiesen worden ist, an den ersten Verkäufer zu zahlen.

Dieser macht sich durch die Klagerhebung gedachte Anweisung zu eigen. L.R.S. 1121. 2010h.

Es wurde nun schon ausgeführt, vergl. Annalen IX. Beibl. S. 34, daß darin zugleich eine Genehmigung des Weiterverkaufes, mithin schon aus diesem Grunde ein Verzicht auf die Vertragsauflösung anzunehmen sei.

Ob dies richtig, scheint schon deßhalb zweifelhaft, weil bei solcher angeblichen Genehmigung doch die Voraussetzung unterstellt werden muß, daß der neue Erwerber auch bezahle.

Allein diese ganze Betrachtung ist schon deßhalb unerheblich, weil sich der erste Verkäufer mehr nicht zu eigen gemacht hat, als die an ihn verwiesene Kaufpreisforderung seines Schuldners, und zwar so wie sie diesem zusteht.

Der anweisende Schuldner hat nun aber, wenn seine Anweisung nicht befolgt wird, ebenfalls das Recht, die Auflösung des Vertrags zu fordern; dieses Recht kann auch sein Gläubiger (S. 1166) ausüben.

Läge also, was übrigens nicht unbedingt zugegeben werden kann, in der Aneignung der Ueberweisung eine Genehmigung des Weiterverkaufes und ein Verzicht auf die Auflösung, so könnte dieser doch nicht auf das Recht ausgedehnt werden, die Aufhebung, kraft des Rechtes des ursprünglichen Schuldners, zu fordern.

b) Wird gegen den zweiten Käufer auf Auflösung geklagt, was statthaft erscheint, weil die Klage aus der lex commissoria in rem scripta ist, so kann von ihm allerdings nicht mehr Erfüllung gefordert werden, denn in dem Begehren der Auflösung muß die Erklärung gefunden werden, daß man die Anweisung nicht annehme.

Wäre aber diese Annahme (das zu eigen machen), früher schon erfolgt, so läge der Fall gerade so wie unter 1c.

II. Aedilitische Klagen.

Die Hauptstelle, aus welcher im römischen Rechte die sog. alternative Concourrenz der redhibitorischen und der Klage auf Preisminderung hergeleitet wird, ist l. 25 §. 1 D. 44. 2.

Es wird hier der Fall vorausgesetzt, daß die actio quanti minoris deßhalb zur Redhibition führe, weil nach der Beschaffenheit des Mangels anzunehmen ist, der Kauf wäre bei Kenntniß desselben nicht zu Stande gekommen und wird hier die Einrede der Rechtskraft gewährt, wenn die eine Klage angestellt war und nachher die andere erhoben wird.

Diese Einrede beruht also auf einer ganz besondern Erwägung.

Bei Auslegung des S. 1644 kann hiernach wiederum nur die Frage entscheiden, ob schon durch Ausübung des dem Käufer gestatteten Wahlrechts mittelst Klagerhebung auf die andere Klage verzichtet werde.

Weil hier das oben entwickelte successive Verhältniß beider Klagen zu einander schwieriger zu construiren,

Digitized by Google

in der That auch weniger anzunehmen ist: so gelangt man eher zu der Unterstellung des stillschweigenden Verzichtes. Aber auch dieser kann erst durch die Annahme des andern Theils bindend werden.

Dr. Dreyer.

127.

Oberhofgerichtliche Entscheidungen über Strafprozeßfragen.

Zu §. 17 der Str.P.O.

In den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. März 1867:

J. A.S.
gegen
Bartholomä von Mannheim,
wegen Körperverletzung,

ist ausgesprochen, daß es nicht als durchaus unzulässig erscheine, daß die strafgerichtliche Verfolgung gegen den Angeklagten wegen Theilnahme an dem Raufhandel, bei welchem die Körperverletzung geschehen war, gerichtet und zu Ende geführt wurde, ohne daß das Verfahren gleichzeitig gegen Denjenigen, der als Urheber jener Körperverletzung bezeichnet ist, gerichtet worden war.

— M. vergleiche Köstlin, Syst. des Strafr. §. 93 Ziff. 4, S. 282 und 283,
Temme, Archiv für strafrechtliche Entscheidungen Bd. V. S. 20 und 21, und
Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VIII. S. 175.

Zu §. 113 der Str.P.O.

—. In derselben Sache war die von dem Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zunächst auf Grund der Ziff. 3 des §. 373 der Str.P.O. erhoben und darauf gebaut, daß die von ihm als Entlastungszeugen vorgeschlagenen L. Pfisterer von Schriesheim und Müller Ubrig von Wersau nur als Auskunftspersonen vernommen und dem auch in der Hauptverhandlung gestellten Antrag auf Beeidigung derselben nicht stattgegeben worden sei.

Sie wurde jedoch von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 2. März 1867 als unbegründet verworfen,

in Erwägung, daß zwar in der Regel jeder Zeuge zu beeidigen und auch die behauptete Unerheblichkeit seiner Aussage kein Grund ist, davon Umgang zu nehmen, daß dagegen nach §. 113, verglichen mit §. 234 der Str.P.O., die Beeidigung von dem Gerichte aufzuschieben, beziehungsweise zu unterlassen ist, wenn dasselbe Zweifel hegt, ob der Zeuge als Theilnehmer u. s. w. des fraglichen Vergehens schuldig sei;

in Erwägung, daß — wie aus dem in der Hauptverhandlung aufgenommenen Protokolle zu entnehmen ist — der Gerichtshof den fraglichen Antrag auf Beeidigung zunächst aus dem Grunde zurückgewiesen hat, weil er den Verdacht hegte, daß zwischen dem Angeklagten und den zwei als Zeugen vorgeschlagenen Männern eine Verabredung bezüglich des von Ersterm ausgeführten Vergehens stattgehabt habe — und daß dieser Verdacht sich auch durch die Hauptverhandlung nicht gehoben hat, da in den Entscheidungsgründen zu dem sofort erfolgten Urtheil in der Hauptsache ausgesprochen ist, daß das Gericht die Verabredung nicht als vollständig bewiesen erachtet habe, und hierin zugleich Umstände angeführt sind, die auf eine solche Verabredung, oder doch eine Hilfeleistung dieser Männer, die mit dem Angeklagten auf den Platz der That gekommen waren, hindeuten, wie namentlich der Umstand, daß L. Pfisterer es geschehen ließ, daß sein Stock von dem Angeklagten zu Handen genommen wurde, von welchem dieser dann bei der Mißhandlung und Körperverletzung Gebrauch gemacht hat.

Ueber §. 213. 4 der Str.Pr.O.

Wie sich aus dem Commissionsbericht der II. Kammer — von Prestinari (zu §. 214 des Entwurfs) — wozu auch Ammanns Str.Pr.O. Note 4 zu §. 213 zu vergleichen ist, klar ergibt, ist diese Bestimmung nur auf den alsbald zu liefernden Nachweis der Verjährung des Verbrechens oder der bereits erfolgten rechtskräftigen Aburtheilung durch ein anderes Gericht oder anderer Strafloſigkeitsgründe ähnlicher Art, wie z. B. der Amnestie oder dergl. — keineswegs aber auf solche Verhältnisse zu beziehen, die erst durch die Hauptverhandlung näher festgestellt werden müssen.

Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 6. April 1867, J. A.S. gegen Fleischmann und Maisch, wegen Rechnersuntreue.

Digitized by Google

Zu §. 244 der Str.P.O.

J. A.S.
gegen
Joh. Gg. Moſer von Berwangen,
wegen Urkundenfälſchung,

war der Beſchädigte, der ſich dem Strafverfahren angeſchloſſen hatte, nach der Begründung der Anklage durch den Staatsanwalt — nochmals gehört worden.

Hiergegen ſtellte der Angeklagte eine Beſchwerde auf Grund des §. 373 Ziff. 3 der Str.Pr.O. auf, welche jedoch durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 1. Auguſt 1866 mit folgender Begründung verworfen wurde:

Die Beſchwerde des Angeklagten, daß der Beſchädigte nochmals vernommen worden, nachdem durch die Staatsanwaltſchaft bereits die Anklage begründet und die Entlaſſung der übrigen Zeugen verfügt geweſen ſei, iſt ungegründet, weil der Beſchädigte in ſo fern als Zeuge vernommen wurde, dem Ermeſſen des Vorſitzenden aber nach §. 230 der Str.Pr.O. anheim gegeben iſt, nöthig ſcheinende Aufklärungen auch noch in dieſem Stadium der Verhandlung zu erheben, wenn nur dem Angeklagten und ſeinem Vertheidiger das in §. 244 Abſ. 2 der Str.Pr.O. eingeräumte Recht auf das letzte Wort nicht entzogen wird, welches Recht von Beiden in dieſem Falle ausgeübt wurde, ohne daß ſie gegen die jetzt gerügte Einvernahme Anſtände erhoben oder mit Bezug auf dieſe Maaßregel ihrerſeits Anträge geſtellt hätten.

Zu §. 259 der Str.P.O.

Die Protokollirung der Erklärung des Beſchädigten über die vom Vertheidiger vorgelegten Urkunden ohne ſpeciellen Antrag eines Betheiligten iſt nicht geboten.

Entſcheidungsgründe des Oberhofgerichts zum Urtheil vom 3. Sept. 1866, J. A.S. gegen Karl Althaus von Ilvesheim, wegen Unterſchlagung.

Zu §. 273. 3 der Str.P.O.

Wenn ein Gericht Urkunden unrichtig ausgelegt hat, ſo kann hierin keine Verletzung der Vorſchriften des Verfahrens, ſondern nur eine irrige Beurtheilung des Inhalts jener Urkunden gefunden werden.

Entſcheidungsgründe zum Erkenntniß vom 7. Mai 1869, No. 1016, J. S. Lohr gegen Baumann, Forderung betreffend.

Zu §. 393 der Str.P.O.

J. A.S. gegen Kieſer wegen Körperverletzung, hatte der Angeklagte die Nichtigkeitsbeſchwerde gegen das beſtätigende Urtheil zweiter Inſtanz auf Grund des §. 373 der Str.P.O. ausgeführt, weil in derſelben ſeinem Antrag auf Wiederholung der ganzen Beweiserhebung keine Folge gegeben worden war. In dieſer Unterlaſſung wollte der Angeklagte eine Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens finden.

Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch das Rechtsmittel am 21. Februar 1867:

in Erwägung, daß zwar die Nichtigkeitsbeſchwerde wegen Verletzung weſentlicher Vorſchriften des Verfahrens (§. 373 Abſ. 3 der Str.P.O.) nach §. 398 ebendaſelbſt auch gegen kreisgerichtliche Urtheile zweiter Inſtanz ſtattfindet, daß aber der Angeklagte eine, als derartige Verletzung aufzufaſſende Thatſache nicht behauptet hat, indem die Rekurskammer, wenn ſie dem Antrag auf Wiederholung der Beweiserhebung nicht unbedingt entſprochen, das in §. 393 der Str.P.O. ihr freigeſtellte Ermeſſen geübt, alſo keine Vorſchrift des Verfahrens verletzt hat;

in Erwägung, daß auch kein Grund zur Annahme vorliegt, daß der Angeklagte durch das in zweiter Inſtanz eingehaltene Verfahren in Ausübung weſentlicher Rechte der Vertheidigung beeinträchtigt worden ſei,

als unzuläſſig. Red.

123.

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichte.

L.R.S. 1121. 1165. 1798.
Sirey, 66 I. 220; 67 I. 383; 68 I. 216.

Der Unternehmer eines Eiſenbahnbaues iſt für die von ſeinem Unteraccordanten eingegangenen Verbindlichkeiten aus Lieferungsverträgen und für die Bezahlung der Eiſenbahnbauarbeiter perſönlich haftbar, wenn die mit der Eiſenbahngeſellſchaft eingegangenen Bedingungen dies beſagen. Dieſe Bedingungen enthalten nämlich von Seite der Geſellſchaft eine Zuſage zu Gunſten Dritter und ſind nach L.R.S. 1121 giltig.

Ergibt ſich aber aus dieſen Bedingungen, daß ſie nur im ausſchließlichen Intereſſe der Geſellſchaft feſtgeſetzt wurden, und nicht auch zugleich im Intereſſe der Lieferanten und Arbeiter, oder haben die Lieferanten und

Digitized by Google

Arbeiter nur auf die persönliche Verbindlichkeit des Unteraccordanten hin contrahirt, oder waren Afterverträge überhaupt untersagt, so tritt diese Haftbarkeit des Unternehmers nicht ein.

Art. 15. 102. 110. 822.
Sirey, 68. I. 257.

Ein Inländer kann, wenn er diese Eigenschaft auch beibehält, doch im Ausland einen Wohnsitz erwerben.

In einem solchen Fall sind bei der Theilung des Nachlasses, namentlich was das im auswärtigen Wohnsitz befindliche Fahrnißvermögen betrifft, die auswärtigen Gesetze anwendbar.

Art. 1719.
Sirey, 68. I. 303.
„ 67. I. 421.
„ 67. II. 54.

Der Eigenthümer, welcher einen Theil seines Hauses zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes vermiethet hat, kann einen andern Theil dieses Hauses zum Betrieb des gleichen Gewerbes nicht vermiethen, wenn aus den Umständen des Falles erhellt, daß dies beim Vertragsabschluß die gemeinschaftliche Absicht der Parthien war. Ergibt sich aber eine solche Einschränkung weder aus dem Vertrage noch den Umständen, so steht der Vertragsfreiheit nichts entgegen.

Art. 1483.
Sirey, 67. I. 222.

Das Beibringen, sowie die Vergütungen des Mannes sind nicht unter den Schulden begriffen, für welche die Frau, die in Gütergemeinschaft gelebt, bei Ueberlassung des Erbverzeichnisses ultra vires emolumenti haftet.

Art. 922.
Sirey, 67. I. 223.

Der Freitheil wird nur nach dem Werth des Vermögens zur Zeit der Eröffnung der Erbschaft berechnet. Früchte und Interessen, welche die Erbschaft in der Zwischenzeit abgeworfen, bleiben somit außer Berechnung.

Art. 792. 1477.
Sirey, 67. I. 207.

Der nach den Art. 792 und 1477 eintretende Verlust ist ein allgemeiner und erstreckt sich ohne Unterschied auf Alles, was entwendet oder verheimlicht worden ist, selbst auf solche Gegenstände, an welchen dem Ehegatten oder Erben, dem die Entwendung zur Last fällt, ein Nutznießungsrecht zustehen könnte.

Die in diesen beiden Artikeln vorgesehene That braucht nicht gerade die Merkmale eines gerichtlich strafbaren Vergehens zu enthalten; sie characterisirt sich gewöhnlich als ein Quasidelict oder Gefährde.

Die Klage verjährt daher erst in 30 Jahren. Sie kann von den Erben, zu deren Nachtheil eine Entwendung oder Verheimlichung von Erbschaftsstücken stattgefunden, auch noch nach der Theilung, ja selbst in dem Falle noch erhoben werden, wenn sie schon vorher Verdacht oder Kenntniß von der Entwendung oder Verheimlichung hatten, wenn sie nur nicht ausdrücklich darauf verzichtet haben.

Art. 900.
Sirey, 67. I. 204.

Die Bedingung, daß eine überlebende Frau im Wittwenstande bleiben müsse, wenn sie die im Testament ihres Mannes ihr zugedachten Legate behalten wolle, ist weder den Gesetzen noch den guten Sitten entgegen.

Art. 1153.
Sirey, 59. I. 941.
„ 67. I. 200.

Von einem Kapital müssen Zinsen vom Tag der Klage an bezahlt werden, wenn sie auch nicht besonders verlangt wurden. Anders verhält es sich aber, wenn der Gegenstand der Klage nur Zinsen oder Einkünfte betrifft. Hier müssen Zinseszinsen ausdrücklich verlangt werden.

Art. 1079.
Sirey, 66 I. 149.
„ 67 I. 60.

Die Klage auf Umstoßung einer, von beiden Elterntheilen gemeinschaftlich vorgenommenen Theilung kann erst nach dem Tod des längst lebenden Elterntheils angestellt werden, wenn die Stipulationen dieses Actes ein untheilbares Ganze bilden. Bis zu diesem Zeitpunkt läuft daher auch keine Verjährung.

Digitized by Google

Art. 816 u. 819.
Sirey, 65. I. 5.
„ 67. I. 53.

Zur Giltigkeit einer Theilung ist keine Urkunde nöthig, auch eine mündliche Theilung ist giltig und sie kann durch alle gesetzlichen Beweismittel erwiesen werden. In Ermangelung einer Urkunde kann der Beweis durch Vermuthungen geführt werden, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist.

Art. 544. 546.
Sirey, 64. I. 13.
„ 67. I. 64.

Die Vermuthung, nach welcher die Mühlkanäle als Eigenthum der betreffenden Werkbesitzer angesehen werden, findet nur auf künstlich erstellte Kanäle Anwendung, mittelst welcher ein Theil des fließenden Wassers eines weder schiff- noch floßbaren Flusses dem Werke zugeführt wird, nicht aber auf diejenigen, welche zur theilweisen Rectification des Flußbettes errichtet wurden und daher dem ganzen Wasserlauf eine neue Richtung geben. Die Anstößer an diese Gewässer, welche dies auch nach der Rectification sind, können an demselben alle Gebrauchsrechte ausüben, welche ihnen vom Gesetz an fließendem Wasser eingeräumt sind. Schmidt.

129.

Wird durch Einschlagen von Zähnen eine Verstümmlung bewirkt?

Die Frage, ob eine Verletzung mit Recht als eine „Verstümmlung" beurtheilt worden sei, erscheint in soferne als eine Rechtsfrage, als aus dem §. 225 Ziff. 3 des Str.G.B. in Vergleichung mit den damit im Zusammenhang stehenden Stellen zu ermitteln ist, welchen Begriff das Gesetz mit diesem Ausdruck verbunden habe.

J. A.S.
gegen
Joseph Mutter von Steinbach,
wegen Körperverletzung.

In dieser nicht zur Verhandlung gekommenen Sache hatte der Referent die Ansicht ausgesprochen, daß durch das Einschlagen der Zähne nicht nur, wie es der Wortbegriff einer Verstümmlung fordere (nach Heinsius Wörterbuch kommt Verstümmeln von Stummel, Stumpf, Schürmayer in seiner gerichtlichen Medicin §. 216 Anm. 4 stellt es dagegen der „Verunstaltung" gleich) überhaupt eine gewaltsame Trennung substantieller Theile des Körpers stattgehabt hatte, sondern wo der Verlust von Zähnen in erheblichem Umfange eingetreten ist und eine Beeinträchtigung dieses Organes für das Beißen und Kauen in einem wesentlichen Theile verursacht hat, dies als Beraubung eines wichtigen Körpertheils erscheint, und die Ziff. 3 des §. 225 des Str.G.B. einen solchen Fall immerhin unter der dort enthaltenen Bezeichnung einer Verstümmelung begreife.

Vergl. Tittmann, Handbuch des Criminalrechts Bd. I. §. 183 a. E. S. 376.
§. 257 des Str.G.B.
Oesterreich Str.G.B. §. 156.
Preußen Str.G.B. (1850) §. 193.
Thüringen Art. 131.
Sachsen Art. 176 Ziff. 2.
Nassau Art. 255 Ziff. 3.
Hannover Art. 243. III.
Braunschweig §. 119 Ziff. 2.
Würtemberg Art. 260 Ziff. 3.

130.

Zu §. 85 Absatz 2 des Polizeistrafgesetzes.

Der 15jährigen Maria E. wurde wegen Bestrafung nach §. 73 des P.Str.G.B. und syphilitischer Erkrankung von dem Bezirksamte Karlsruhe eröffnet, daß sie auf die Liste der öffentlichen Dirnen gesetzt sei, und sich der, jeden Donnerstag im Rathhause stattfindenden ärztlichen Untersuchung bei Strafvermeiden zu unterziehen habe. Auf erfolglose Beschwerde bei großh. Ministerium des Innern erschien die E. bei den Visitationen nicht, ebensowenig unterwarf sie sich einem Strafbefehl, worauf Polizeianklage nach Ansicht des §. 85 Ziff. 2 des P.Str.G.B. erhoben wurde. Das großh. Amtsgericht versagte die Ladung, und zwar

J. E., daß unter den ansteckenden Krankheiten nur solche gemeint sind, welche ohne verschuldbare Handlung ansteckend sind, z. B. Blattern, Cholera u. s. w., nicht aber solche, welche erst durch eine unrechte Handlung einer gesunden Person für diese ansteckend werden. J. E., daß diese Beschränkung des Begriffs

Digitized by Google

der ansteckenden Krankheiten, und damit der Befugniß der Polizeibehörden zu Sperr- und Sicherheitsmaaßregeln theils aus dem in §. 85 des P.Str.G.B. angeführten Beispiele hervorgeht, zum andern Theil aus der Natur der Sache folgt, da es offenbar nur Aufgabe der Polizeibehörde sein kann, solche Personen vor ansteckenden Krankheiten zu schützen, welche selbst kein Verschulden trifft, nicht aber solche, welche durch unsittliche Handlungen sich der Gefahr einer ansteckenden Krankheit aussetzen, ohne dadurch zugleich dritte Unschuldige zu gefährden. J. E., daß die Syphilis immer nur durch unsittliche Handlungen sich weiter verbreitet, und immer nur den trifft, der selbst eine solche Handlung begeht, so daß ein Eingreifen der Polizeibehörde zur Verhütung der Ansteckung bei syphilitisch Erkrankten lediglich ein Schutz für die Unsittlichkeit und damit ein Beförderungsmittel für dieselbe wird, was sicherlich das P.Str.G.B. nicht bezweckt. J. E., daß daher §. 85 Ziff. 2 der Polizeibehörde nicht die Befugniß gibt, zur Vorbeugung gegen die Verbreitung der Syphilis öffentliche Dirnen zur periodischen körperlichen Untersuchung zu zwingen, und daß somit die Nichtbefolgung eines solchen Gebotes nicht unter die Strafbestimmung des §. 85 fällt. J. E., daß dieser Auslegung auch §. 24 Abs. 2 des P.Str.G.B. nicht entgegensteht, da es sich hier nicht um einen bestimmten Wortlaut, sondern um den Sinn einer allgemein lautenden Vorschrift handelt, für dessen Auslegung die Gründe der Moral ebenso zulässig sind, als andere Vernunftgründe, nach §. 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1864, wurde — wie geschehen erkannt.

Die Raths- und Anklagekammer hob dieses Erkenntniß in Folge Beschwerde der Polizeibehörde auf, und verwies die Sache zur Verhandlung an das Schöffengericht, und zwar J. E., daß syphilitische Krankheiten unbezweifelt ansteckende Krankheiten sind, und der Wortlaut des §. 85 nicht gestattet, das darin der Polizeibehörde eingeräumte Recht bei syphilitischen Krankheiten deßhalb auszuschließen, weil sie nur bei Selbstverschulden ansteckend seien, und daß eine solche Beschränkung des Rechts der Polizeibehörde auch nicht als in der Absicht des Gesetzgebers begründet nachgewiesen werden kann. J. E., daß, wie durch Wissenschaft und Erfahrung anerkannt ist, syphilitische Krankheiten auch auf andere Weise als durch Beischlaf ansteckend wirken können; J. E., daß somit die gesetzliche Gültigkeit der in vorliegendem Falle von der Polizeibehörde angeordneten Sicherheitsmaßregeln mit Grund nicht beanstandet werden kann; und die Frage, ob die Voraussetzungen ihrer Nothwendigkeit vorliegen und ob sie zweckmäßig sei, von dem Polizeigericht seiner Prüfung ebensowenig unterzogen werden darf, als dieses nach §. 24 Abs. 2 des P.Str.G.B. bezüglich polizeilicher Verordnungen oder Vorschriften statthaft ist. J. E., daß vielmehr Betheiligte, welche sich durch die angeordneten Sicherheitsmaaßregeln beschwert erachten, nur im Wege des Recurses an die höhere Verwaltungsstelle Abhilfe suchen können, was hier vergeblich geschah.

Das Schöffengericht sprach die Angeklagte aus den eingangs erwähnten Gründen frei, die Rekurskammer erkannte nach dem Antrag der Polizeibehörde mehrtägiges Gefängniß. Die Gründe schließen sich den Ausführungen der großh. Raths- und Anklagekammer an. Es wurde noch darauf hingewiesen, daß auch Personen, welche sich einer Unsittlichkeit nicht schuldig machen, von jener Krankheit angesteckt werden können, z. B. eine Ehefrau durch ihren Ehemann, der sich mit einer erkrankten Lustdirne vergangen hat, und daß also der amtsgerichtliche Entscheidungsgrund bezüglich des Selbstverschuldens unrichtig ist; ferner daß den Polizeibehörden in bestimmten Fällen, so namentlich in §§. 43. 48. 50. 51. 55. 64. 84. 85. 2. 87. 90. 92. 93. 106. 108 die Befugniß eingeräumt wird, spezielle Anordnungen und Aufforderungen an einzelne Personen zu erlassen, deren Uebertretung oder Nichtbeachtung polizeiliche Strafe nach sich zieht, und auf welche Anordnungen die Bestimmungen der §§. 27 und ff. keine Anwendung finden.

Vergleiche Commissionsbericht des Abgeordneten Walli zu §. 1 des P.Str.G.B. S. 9.

v. Blittersdorf.

131.

Wenn nach §§. 1153. 1137 der Pr.O. ein Rechtsmittel für aufgegeben gilt, so findet nur die außerordentliche Wiederherstellung nach §. 215 der Pr.O. statt.

S. Annalen 1866 No. 12 Ziff. 43 S. 92. 93.

In Sachen

der Veronika Joos, Ehefrau des Joseph Winter

Digitized by Google

in Großlaufenburg für sich und als Bevollmächtigte ihres Bruders Thomas Joos von Rotzel, Liquidanten, Appellanten, Oberappellanten

gegen

die Gantmasse der Anton Joos Ehefrau von Rotzel, Pauline geborene Schäuble, Liquidatin, Appellatin, Oberappellatin,

Eigenthumsanspruch und Absonderungsrecht betreffend,

wurden die Kläger mit ihrem Anspruch auf Miteigenthum an der untern Hälfte an dem zur Masse gehörigen Wohnhause der Gantschuldnerin nebst Baum- und Gemüsegarten durch Urtheil des großh. Amtsgerichts Waldshut vom 16. Februar v. J. abgewiesen. Auf eingelegte Berufung wurde dieses Urtheil unterm 24. August v. J. von großh. Kreis- und Hofgericht Constanz, Appellationssenat, bestätigt.

Hiergegen ergriffen die Kläger die Oberappellation und durch oberhofgerichtl. Verfügung vom 3. Juli d. J. wurde der oberappellantische Anwalt zur Nachweisung der Zulässigkeit der Oberappellation mit Hinsicht auf §. 1106 Ziff. 4 der Pr.O. in die öffentliche Gerichtssitzung vom 7. September d. J. unter dem Rechtsnachtheil vorgeladen, daß bei seinem Ausbleiben das Rechtsmittel für aufgegeben gilt. In der anberaumten Tagfahrt war nach Aufruf der Sache von oberappellantischer Seite Niemand erschienen, weßhalb großh. Oberhofgericht aussprach:

„Nachdem in der zur Nachweisung der Zulässigkeit der Oberappellation anberaumten Tagfahrt Seitens des oberappellantischen Theils Niemand erschienen ist, die Oberappellation somit für aufgegeben gilt, werden dem großh. Kreis- und Hofgericht Konstanz, Appellationssenat, die Vorderinstanzacten im Anschluß zurückgesendet.

Hierauf bat der klägerische Anwalt unterm 16. September um Wiederherstellung und Anordnung anderweiter Tagfahrt zur Verhandlung, worauf großh. Oberhofgericht unterm 20. September d. J. erkannte:

In Erwägung, daß der oberappellantische Anwalt in der zur Nachweisung der Zulässigkeit der Oberberufung anberaumten Tagfahrt nicht erschienen ist, daher nach §. 1153 und 1137 Abs. 2 der Pr.O. das eingelegte Rechtsmittel für aufgegeben gilt;

In Erwägung, daß diese Folge kraft Gesetzes eintritt, und nicht einem Versäumnußerkenntniß gleich — nur auf Antrag der Gegenparthie durch einen ausdrücklichen Beschluß des Gerichts erklärt wird — §. 209 Abs. 2 der Pr.O. — wie sich dieses durch die Vergleichung des Wortlautes der §. 1142 und 1137 ergibt, indem in §. 1142 ausdrücklich der Antrag der Gegenparthie verlangt wird, damit die Appellation für aufgegeben erklärt werde, womit die Zulässigkeit der Wiederherstellung nach den §§. 213. 218 der Pr.O. verknüpft ist, während bei dem Falle des §. 1137 weder des Antrags der Gegenparthie, noch der gerichtlichen Erklärung, noch endlich der Zulässigkeit der Wiederherstellung gedacht ist;

In Erwägung, daß daher die Versäumung der anberaumten Tagfahrt der Versäumung einer Nothfrist gleichsteht, deren Folgen kraft Gesetzes eintreten (§. 209 Abs. 1), somit nicht dagegen die gewöhnliche Wiederherstellung des §. 213 (vergl. insbesondere den letzten Satz desselben), sondern nur die außerordentliche Wiederherstellung des §. 215 der Pr.O. Platz greifen kann, Gründe zu einer solchen Wiederherstellung aber nicht geltend gemacht worden sind,

„dem oberappellantischen Anwalt wird auf seine Eingabe vom 16. d. M. eröffnet, daß seiner Bitte um Wiederherstellung und Anberaumung einer andern Tagfahrt nicht stattgegeben werden könne."

Red.

132.

Wenn die Cession eines Liegenschaftskaufschillings nicht in das Grundbuch eingetragen wird, muß sich der Cessionar den spätern Verzicht des Cedenten auf das Vorzugsrecht dritten Pfandgläubigern gegenüber gefallen lassen.

Am 1. Oktober 1860 verkaufte Ernst Dillmann von Pforzheim an Georg Dennig von da ein Haus um 10,000 fl., hieran bezahlte ein Verwandter des Käufers baare 6000 fl. und Carl Dennig 2000 fl., jeweils gegen Abtretung des Vorzugsrechtes. Die Cession des Carl Dennig vom 12. Februar 1861 wurde nicht zum Grundbuch eingetragen. Am 31. Dezember 1863 erhielt der Verkäufer Dillmann den Restkaufschilling mit 2000 fl. von Franz Boseker, und bewirkte an diesem Tage folgenden Eintrag zum Grundbuch: „An meinem Kaufschillingsguthaben von 10,000 fl. habe ich 8000 fl.

Digitized by Google

empfangen, wofür ich auf das Vorzugsrecht verzichte, die restlichen 2000 fl. trete ich mit allen Rechten an Franz Boseker ab, der mir den Betrag baar bezahlte. Ernst Dillmann"

Im Dezember 1868 wurde das Haus im Vollstreckungsweg versteigert, es kam zwischen den richterlichen Pfandgläubigern des Georg Dennig und Carl Dennig zum Rechtsstreit; dieser machte auf Grund der Cession vom 12. Februar 1861 das Vorzugsrecht des Verkäufers geltend, während die Pfandgläubiger dessen Erlöschung in Folge des Verzichts vom 31. Dezember 1863 behaupteten. Die Civilkammer in Carlsruhe erkannte am 1. April d. J. zu Ungunsten des Carl Dennig. Man anerkannte zwar, daß der Cessionar die cedirte Forderung gerade so geltend machen kann, wie der Cedent selbst, also ersterem das Vorzugsrecht des Kaufpreises als Zubehörde der Forderung auch dann zu gut kommt, wenn die Cession nicht zum Grundbuch eingetragen ist. Allein so lange dieses nicht geschehen ist, gilt Dritten gegenüber der Cedent als derjenige, zu dessen Gunsten das Vorzugsrecht bestand und der darüber verfügen konnte. Wenn also Ernst Dillmann, wie geschehen, bezüglich der 8000 fl., also auch der dem Carl Dennig cedirten 2000 fl. auf das Vorzugsrecht verzichtet hat, so gilt dieser Verzicht gegenüber den Pfandgläubigern, welche wohl nur mit Rücksicht auf den nicht absorbirten Theil des liegenschaftlichen Besitzes dem Georg Dennig creditirten.

Eine andere Auslegung würde mit dem Grundsatze der Publicität des Pfandrechts in Widerspruch gerathen, denn durch die öffentlichen Bücher soll festgestellt werden, welches liegenschaftliche Vermögen Jemand besitzt, und welche Vorzugs- und Pfandrechte darauf haften.

Sofern der Cessionar vor den Dispositionen des Cedenten geschützt sein will, muß er außer der feierlichen Eröffnung an den Schuldner bei Vorzugs- und Pfandrechten auch noch den Eintrag in die öffentlichen Bücher erwirken.

Diese Grundsätze sind insbesondere anerkannt in Troplong, privilèges nro. 363. 367.

Carl Dennig hat die Appellation gegen das Urtheil nicht ausgeführt, und kommt zur Zeit nicht zu erörtern, in wiefern er gegen Ernst Dillmann, welchem der Streit verkündet wurde, den Rückgriff nehmen kann.

v. Blittersdorf.

133.

Hat der Bürge, welcher sich nur für Einen oder Einzelne von mehreren Sammtschuldnern verbürgte, nachdem er dem Gläubiger die ganze Schuld bezahlt hat, auch gegen diejenigen Mitschuldner, für welche er nicht Bürge war, ein Klagrecht auf das Ganze?

L.R.S. 2029. 2030.

I.

Diese Frage, welche in der badischen Rechtsliteratur erstmals im Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung, Band III. (Jahrg. 1857) S. 139, durch den Herausgeber, Oberhofgerichtsrath Zentner, zum Gegenstand einer Erörterung gemacht worden ist, hat den französischen Schriftstellern über den Code Nap. bis auf die neueste Zeit vielfach Anlaß zu mehr oder weniger eingehenden Ausführungen gegeben. Die Mittheilungen aus der Praxis der französischen Gerichte weisen erst zwei Fälle nach, in welchen diese Gerichte berufen waren, sich hierüber auszusprechen. Der erste Fall wurde auf Einlegung des Cassationsrechtsmittels gegen das Urtheil des Appelhofes von Paris vom 12. August 1852 durch den Cassationshof (ch. req.) unterm 19. April 1854 [1]), der andere, welcher vor dem Appelhof von Grenoble durch Urtheil vom 25. August 1858 erledigt worden war [2]), durch den Cassationshof (ch. req.) unterm 10. Juni 1861 entschieden. [3]) In beiden Fällen kam jedoch unmittelbar nicht die Frage von der Klage des Bürgen auf das Ganze der bezahlten Schuld, sondern die (freilich, wie wir sehen werden, für die erstere präjudicielle) Frage zur Entscheidung, ob der zahlende Bürge nicht allein (wie allgemein anerkannt wird) gegenüber dem oder den von ihm verbürgten, sondern auch gegenüber den von ihm nicht verbürgten Mitschuldnern in die Rechte des durch ihn befriedigten Gläubigers eintrete.

Fassen wir die zahlreichen Aussprüche der französischen Schriftsteller und die mitgetheilten Begründungen der Entscheidungen der angeführten Gerichte zusammen, so

[1]) Sirey, recueil gén. 1853 I. p. 18.

[2]) Sirey, rec. gén. 1860 II. p. 190.

[3]) Sirey, rec. gén. 1861 II. p. 577 (s. auch Gredy, Entscheidungen der Cassationshöfe zu Berlin u. s. w. Mainz 1862 zu Art. 1251 No. 3 Ziff. 1 S. 489).

Digitized by Google

ergibt sich die nachstehende Klassificirung der verschiedenen Ansichten.

1) Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller hält daran fest, daß der Bürge seine Klage gegen die nicht von ihm verbürgten Sammtschuldner nur darauf zu stützen vermöge, daß er durch die Zahlungsleistung die Befugniß erlangt habe, die Rechte desjenigen Sammtschuldners geltend zu machen, für welchen er gebürgt und die Zahlung geleistet hat, daß ihm darum gleich diesem gegen die anderen Sammtschuldner auch nur ein getheilter Anspruch zustehe, vergl. Art. 1166. 1214. 2030; dagegen wird ein kraft Gesetzes stattfindender Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers (gemäß Art. 1251 [3]) gegenüber diesen Sammtschuldnern nicht anerkannt.

Als Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen:

Troplong, droit civil expliqué t. XVII. (du cautionnement et des transactions) nro. 379. p. 327.

Delvincourt, cours de code civil t. III. S. 261 (Note 5 zu der Ausführung zu Art. 2029. 2030 p. 144.)

Devilleneuve, in der Note zu einer Entscheidung des Cassationshofes vom 19. April 1854, Sirey, recueil gén. 1855. I. p. 17.

Pourot, du cautionnement, nro. 261 p. 297.

Massé, in der Note zu einer Entscheidung des Kassationshofs vom 10. Juni 1861, Sirey, rec. gén. 1861 I. p. 577.

S. auch Massé et Vergé und Zachariae, V. §. 761 Note 8.

Aubry et Rau, cours de droit civ. fr. d'après Zachariae III. §. 427 p. 502.

Duranton, cours de droit fr. XVIII. (du cautionnement nro. 353.

Taulier, théorié raisonnée du code civil VII. p. 34.

Mazerat, questions sur le code civil suiv. l'ordre adopté par Demante III. nro. 799. p. 244.

(S. auch Demante, welcher in seinem Programme du cours de droit civil III. No. 790 zu der betreffenden Frage die Art. 1166 und 1214 citirt und sich dadurch zu derselben Ansicht bekennt.)

Vergl. auch Zachariä, Handbuch des fr. Civ.R. II. §. 426 Note 7 (wo Zachariä durch die seiner Frage beigefügten Citate, Anschütz aber mit Berufung auf Troplong ausdrücklich den Anschluß an diese Ansicht zu erkennen gibt).

Diese Ansicht liegt auch der im Eingang erwähnten Entscheidung des Kassationshofs vom 19. April 1854 zu Grunde.

Von den genannten Schriftstellern gehen aber einige soweit, dem Bürgen selbst für den Fall, daß er sich vertragsmäßig in die Rechte des Gläubigers einsetzen läßt, eine Klage auf das Ganze gegen die nicht von ihm verbürgten Sammtschuldner zu versagen (Troplong, Devilleneuve, Pourot), wogegen andere dem Bürgen die Sammtklage für diesen Fall zugestehen (Duranton, Taulier Mazerat). Die übrigen Schriftsteller und die Entscheidung des Kassationshofs sprechen sich über die vertragsmäßige Subrogation nicht aus.

2) Eine zweite Ansicht geht dahin: der Bürge tritt zwar nicht nur gegenüber den von ihm verbürgten, sondern auch gegenüber den von ihm nicht verbürgten Sammtschuldnern in die Rechte des durch ihn befriedigten Gläubigers ein (Art. 1251 [3]), gleichwohl erlangt er dadurch das Recht nicht, gegen Jeden der letzteren auf das Ganze zu klagen (Art. 2030). Diese Ansicht ist vertreten von:

Mourlon des subrogations p. 108 ff., welcher dabei jedoch die Klage je nach den Umständen in verschiedenem Umfang zuläßt (siehe auch dessen répétitions écrits III. nro. 1154 p. 455 Note 1 und No. 1157).

P. Pont, in der Fortsetzung von Marcadé explication théor. et pract. du Code Napoléon t. IX. (commentaire des petits contrats t. II.) nro. 278 zu art. 2030 p. 143,

und in dem oben erwähnten Urtheil des Kassationshofs vom 10. Juni 1861, Sirey rec. gén. 1861 I. p. 577. 581.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Novbr. 1869. No. 9.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 9.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat November 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 2. November.	
114	Grießer. — Ehescheidung.	Scholl. — Grimm.
111	Herz gegen Henrich Gant. — Vorzug.	Kusel. — Strauß. — Banotti.
	Donnerstag den 4. November.	
105	Rebmann. — Vermögensabsonderung.	Fürst. — Steinwender.
93	Gruber gegen Meßmer. — Hausräumung.	Geißmar. — Gernandt.
	Dienstag den 9. November.	
103	Ucker gegen Bronn. — Schenkungswiderruf.	Gernandt. — Fürst.
84	Haltingen gegen Sturm. — Eigenthum.	Esser. — Geißmar.
	Donnerstag den 11. November.	
122	v. Böcklin gegen v. Böcklin. — Forderung.	Esser. —
83	Schulfond Bohlingen gegen Kirchenfond. — Forderung. . .	Barazetti.
	Dienstag den 16. November.	
75	Volkert gegen Kraft. — Vermögensherausgabe. . . .	Schenkh. — Grimm.
	Donnerstag den 18. November.	
79	Fieg gegen Fieg. — Testamentsanerkennung.	Wengler. — Stiegler.
72	Faller gegen Bodani. — Entschädigung.	Schulz. — A. Fürst.
	Dienstag den 23. November.	
89	Jäger gegen Fecht. — Kaufhaltung.	v. Engelberg. — Gernandt.
87	Armenfond Neustadt gegen Ketterer. — Vermächtnißantretung. .	v. Engelberg. — Näf.
	Dienstag den 30. November.	
86	Brodmann gegen Reichenbach. — Forderung.	
85	Wagemann gegen Lösch. — Dienstbarkeit..	Esser. — Geißmar.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Im Verlage des Unterzeichneten ist so eben erschienen:

Zeitschrift

für

FRANZÖSISCHES CIVILRECHT.

Sammlung

von civilrechtlichen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte mit Erläuterungen und Literaturberichte.

Herausgegeben

von

Dr. Sigismund Puchelt,

grossherzoglich badischer Kreisgerichts-Director.

Es ist diese Zeitschrift bestimmt, zunächst die durch das Eingehen von „Lauckhard's Rechtsfälle“ entstandene Lücke auszufüllen — sie wird jedoch nicht allein die merkwürdigen neuen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte unter eingehender Kritik derselben bringen, sondern werden in derselben auch alle erheblichen neuen Erscheinungen der juristischen französischen Literatur angezeigt und besprochen.

Auf die badische und rheinländische Literatur wird bei der Bearbeitung der einzelnen Rechtsfälle sorgfältig vergleichende Rücksicht genommen werden.

Jährlich werden drei einen Band bildende Hefte ausgegeben und beträgt der Preis pro Heft fl. 1. 12 kr. ord.

Mannheim, den 1. September 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 19.**

(Schluß von Art. 133.)

3) Die dritte Ansicht endlich erkennt an, daß der Bürge, weil er auch gegenüber den nicht von ihm verbürgten Sammtschuldnern kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers eintrete, gleich diesem gegen jeden der Schuldner auch auf das Ganze klagen könne. Dieselbe wird vertreten von

Boileux, commentaire sur le code Napoléon (6me ed) VI. p. 677.

Gauthier, de la subrogation nro. 433 (der wesentlichste Inhalt seiner Ausführung ist in die zu 1) erwähnte Note von Devilleneuve, — Sirey, rec. gén. 1855 I. p. 17 — aufgenommen.

Zu den Vertretern dieser Ansicht wird von seinen französischen Collegen, namentlich von dem Fortsetzer seines Werkes und Gegner in der vorliegenden Frage, P. Pont, auch Marcadé gerechnet, und zwar wegen der Ausführung in seiner explication théor. et prat. du code Napoléon (5me ed.) zu art. 1252 III. t. IV. nro. 717 ff. p. 547.

Neben den Arbeiten dieser Schriftsteller verdient auch die Ausführung des Kassationsrechtsmittels gegen das im Eingang erwähnte Urtheil des Appelhofes von Paris vom 12. August 1852 erwähnt zu werden, auf welche hin, aber in entgegengesetztem Sinne, das Urtheil des Kassationshofs vom 19. April 1854 erfolgt ist, weil darin namentlich auch auf die Entstehungsgeschichte des Art. 2029 C. N. hingewiesen ist; dieselbe ist in Sirey, rec. gén. 1855 I. p. 17 ff. ausführlich mitgetheilt.

Seit der zu Anfang dieses Aufsatzes genannten Erörterung im Magazin für b. R. u. V., welche sich darauf beschränkt, einen gedrängten Auszug der Darstellung von Troplong zu geben, hat die aufgeworfene Frage auch in der badischen Rechtsliteratur wiederholt eine Bearbeitung gefunden. In Annalen XXXI. S. 14 wird von Baumstark die Ansicht begründet, daß dem Bürgen eine Sammtklage gegen weitere als die von ihm verbürgten Sammtschuldner nur im Falle einer vertragsmäßigen Subrogation zustehe, weil abgesehen von einer solchen, ein Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers gegenüber diesen Schuldnern nicht stattfinde; dem entgegen hat Dr. Ladenburg in demselben Bande der Annalen S 134 den stetshin kraft Gesetzes erfolgenden Eintritt des Bürgen in alle Gläubigerrechte und die hieraus mit Nothwendigkeit folgende Sammtklage desselben zu begründen versucht. Abgesehen hiervon wird die Frage noch berührt von Ruef, Code Napoléon, Badisches Landrecht mit Anmerkungen, zu Art. 2030 S. 497, welcher sich der Ansicht von Baumstark anschließt. Ich selbst habe mich nach wiederholter Prüfung der Frage für unbeschränkten gesetzlichen Eintritt in die Rechte des Gläubigers mit Sammtklage entschieden und diese Ansicht in mein Werk, das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, S. 767 ff. niedergelegt. Ich will hier eine eingehendere Begründung mit Kritik der entgegenstehenden Ansichten versuchen. Doch bevor ich zu der Ausführung übergehe, noch zweierlei:

Zunächst ist zu constatiren, daß die Uebertragung der einschlägigen Stellen des C. N. in unser Landrecht eine Abweichung von dem Urtext nicht erkennen läßt, daß mithin die Frage für uns ganz auf demselben Gesetzesboden steht wie für das französische Recht. Es ist zwar in Art. 2030 anstatt des Bürgen, welcher bei dem Vorhandensein mehrerer Sammtschuldner „les a tous cautionnés“ nur der genannt, welcher „für mehrere Sammtschuldner bürgte;“ allein es wird wohl Niemand daran zweifeln, daß auch diese Wortfassung nur den Fall begreift, in welchem die Bürgschaft für die sämmtlichen mehreren Sammtschuldner, nicht aber auch den, in welchem sie nur für einen Theil derselben übernommen worden ist.

Sodann kann ich mir nicht versagen, nach Locré, la legislation civile etc. de la France ou commentaire et complément des codes français, Paris 1827 ff., t. XV., die Geschichte der Art. 2029 und 2030 des C. N. wiederzugeben, weil darauf bei Erörterung der streitigen Frage schon Bezug genommen worden ist, und auch hier Bezug genommen werden wird, die anderweite französische Literatur aber nur unvollständige Notizen daraus gibt und das angeführte umfassende Werk vielen Lesern nicht leicht zugänglich ist.

Digitized by Google

Der Art. 2029 hatte in dem Entwurf von livre III titre 5 du cautionnement, welchen Bigot-Préameneu in der Sitzung des Staatsrathes vom 16. frimaire an XII. (8. Dezember 1803) vorlegte, als Art. 20 des gedachten Entwurfs, die nachstehende Fassung:

> La caution a, pour le recours, les mêmes actions et le même privilége de subrogation que la loi accorde au codébiteur solidaire.

Diesem Art. folgte der Art. 2030 C. N. als Art. 21 des Entwurfs in der heutigen Fassung. (Locré, l. c. p. 286.)

Beide Art. wurden von dem Staatsrath in der Sitzung vom 23. frimaire an XII. (15. Dezember 1803) ohne Bemerkung angenommen und unverändert als Art. 19 und 20 in die Redaktion des Entwurfs aufgenommen, dessen Vorlage an die gesetzgebende Abtheilung des Tribunats in der Sitzung vom 30. frimaire an XII. (22. Dezember 1803) beschlossen worden ist (Locré l. c. S. 297. 307. 309. 310).

Die gedachte Abtheilung des Tribunats ließ zwar, als der Entwurf in ihrer Sitzung vom 27. nivose an XII. (18. Januar 1804) zur Berathung kam, den Art. 20 (Art. 2030 C. N.) unverändert, gab aber dem Art. 19 diejenige Fassung, welche dann auch im Art. 2029 C. N. beibehalten ist, die nämlich:

> La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

Zur Begründung dieser Aenderung wurde bemerkt:

> D'aprés la rédaction du projet il semblerait qu'il y a parité de situation entre la caution et le codébiteur solidaire, ce qui n'est pas exact. La caution doit pouvoir demander au débiteur la totalité de la dette. Le coobligé solidaire doit déduire sa part de ce qu'il peut demander à son coobligé. (Locré, l. c. p. 315. 316.)

Darauf hin nahm der Staatsrath in seiner Sitzung vom 7. pluviose an XII. (28. Januar 1804) die Art. ohne weitere Bemerkungen nach dem Vorschlage des Tribunates in den dem gesetzgebenden Körper vorzulegenden Entwurf auf (Locré l. c. p. 317).

Bei der Vorlage des Entwurfs an den gesetzgebenden Körper, in der Sitzung desselben vom 13. pluviose an XII. (3. Februar 1804) bemerkte der Redner der Regierung, Treilhard, in dem exposé de motifs hierzu:

> La caution paie à défaut de paiement de la part du débiteur. Le prémier effet de ce paiement a dû être la subrogation de la caution à tous les droits du créancier. C'est un troisième bénéfice que la loi accorde au fidéjusseur; il n'a pas besoin de réquerir cette subrogation; elle est prononcé par la loi, parce qu'elle résulte du seul fait du paiement, et nous avons écarté les vaines subtilités par lesquelles ou se croyait obligé de substituer à une subrogation qui n'était pas expressément donnée, une action prétendue de mandat. L'action du créancier passe dans la main de la caution, et le recours de celle-ci contre le débiteur embrasse le principal, les interêts, les frais légitimes, ceux du moins qui ont été faits par la caution depuis la dénonciation des poursuites.
>
> Si le fidéjusseur avait cautionné plusieurs débiteurs solidaires, il aurait le droit de répéter la totalité de ce qui fut payé contre chacun d'eux parce qu'en effet chacun d'eux etait débiteur de la totalité. (Locré, l. c. p. 317. 327. 328.)

II.

Auf die Erörterung der Frage selbst eingehend, hebe ich zunächst hervor, daß die zweite der oben dargestellten Ansichten, wonach dem Bürgen zwar der Eintritt in die Rechte des Gläubigers gegenüber allen, auch den nicht verbürgten Sammtschuldnern zugestanden und dennoch gegenüber eben diesen Schuldnern das Recht, jeden auf das Ganze zu belangen, versagt wird, jedenfalls unhaltbar ist. Die Haftbarkeit eines jeden sammtverbindlichen Schuldners für das Ganze ist ein wesentlicher Bestandtheil der Rechte des Gläubigers: in ihr liegt das charakteristische Merkmal des durch Uebernahme einer Sammtverbindlichkeit begründeten Verhältnisses. Art. 1200. Durch Aufhebung der Haftbarkeit für das Ganze zu Gunsten eines Sammtschuldners wird darum auch dessen Antheil an der Schuld gänzlich aus dem Sammtverbindlichkeitsverhältniß ausgeschieden und in eine selbstständige Schuld umgewandelt, wegen deren

Digitized by Google

der Gläubiger keinen Anſpruch mehr an die in dem Sammtverbindlichkeitsverhältniß verbliebenen Schuldner erheben kann. Art. 1210. Wer dem Bürgen den Eintritt in die Rechte des Gläubigers gegen Sammtſchuldner gewährt, aber die Haftbarkeit der Letzteren für das Ganze verſagt, läßt den Bürgen nicht in das gleiche Forderungsrecht, wie es der Gläubiger beſaß, ſondern in eine, an die Stelle deſſelben tretende Mehrheit von verſchiedenen ſelbſtſtändigen Forderungsrechten gegen die einzelnen Schuldner eintreten, welche zwar in ihrem Geſammtbetrag dem urſprünglichen einen Forderungsrechte gleichkommen, auch den gleichen Schuldtitel, wie dieſes haben und den Vortheil der dem urſprünglichen Rechte des Gläubigers zur Seite ſtehenden Sicherungsrechte (Vorzugs- und Pfandrechte), wenn gleich nur bis zu einem gewiſſen Grade, genießen können, gleichwohl aber von dieſem weſentlich verſchieden ſind [1]). Der Kern der Frage liegt demgemäß, wie Baumſtark l. c. S. 16 ſehr richtig bemerkt, ausſchließlich darin, ob man den Bürgen als in die Rechte des Gläubigers, welchen er bezahlt, oder in die Stelle des Schuldners, für welchen er Zahlung geleiſtet hat, eingetreten anſehe.

Die Gründe, aus welchen die Vertreter der hier bekämpften Anſicht dem Bürgen, ſeines Eintritts in die Rechte des Gläubigers gegenüber den nicht verbürgten Sammtſchuldnern ungeachtet, die Klage auf das Ganze gegen eben dieſe Schuldner verſagen, laſſen ſich darauf zurückführen:

a) daß der Art. 2030 durch ein argumentum a contr. dieſe Klage für den gebenen Fall ausſchließe;

b) daß die Billigkeit gegen Geſtattung derſelben ſtreite, indem ſonſt die Lage der nicht verbürgten Mitſchuldner durch eine ihnen fremde That verändert und erſchwert würde.

Allein hiergegen iſt zu bemerken, daß dieſe Gründe, wenn ſie ſtichhaltig wären, vielmehr zu dem Schluſſe führen müßten, daß ein Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers gegenüber den nicht verbürgten Sammtſchuldnern überhaupt nicht ſtattfinde. Vergl. namentlich Massé l. c. p. 577. 579. Dieſelben haben darum auch, und zwar mit mehr Berechtigung, in den Ausführungen derjenigen ihren Platz gefunden, welche dem Bürgen nur die Rechte desjenigen Schuldners einräumen, für welchen er gutgeſtanden iſt und Zahlung geleiſtet hat. Daß dieſe Gründe aber nicht ſtichhaltig ſind, ſoll weiter unten gezeigt werden.

Es läßt ſich zwar denken, daß das Geſetz, indem es im allgemeinen den Eintritt in die Rechte eines Gläubigers gegenüber ſeinen Schuldnern zuläßt, für einen beſtimmten Fall aus beſonderen Gründen dieſen Eintritt in der Weiſe (objectiv) wieder beſchränkt, daß es denſelben in Bezug auf einzelne unter den Rechten des Gläubigers begriffene Befugniſſe für wirkungslos erklärt; daß das Geſetz mit andern Worten dasjenige, was es mit der einen Hand gibt, gleichzeitig mit der andern Hand zum Theil wieder nimmt. Ja, wir finden in dem Art. 875 eine Beſtimmung, welche ganz unzweideutig ein derartiges Verhältniß verfügt,

vergl. Zachariä IV. §. 637,
Marcadé III. nro. 386 (ad Art. 875 II.) u.
Demolombe XVII. nro. 79,

und auch der Art. 1214, von welchem weiter unten noch die Rede ſein wird, muß als die Grundlage eines ſolchen Verhältniſſes anerkannt werden.

Marcadé IV. nro. 624 (ad Art. 1214).
Locré l. c. XII. p. 467. 468.

Allein zur Begründung einer ſolchen, die rechtlichen Folgen des zugelaſſenen Eintritts in die Gläubigerrechte ſo erheblich modificirenden Lage kann unmöglich ein bloſes argumentum a contrario oder eine Rückſichtsnahme auf die Billigkeit genügen.

Vergl. Boileux l. c. p. 678.

Hiernach bleibt nur die Wahl zwiſchen der erſten von den oben dargeſtellten Anſichten, welche einen Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers gegenüber den nicht verbürgten Sammtſchuldnern gar nicht anerkennt, und der dritten Anſicht, welche dieſen Rechtseintritt zuläßt und damit auch die Klage gegen jeden dieſer Sammtſchuldner auf das Ganze einräumt.

Die Entſcheidung zu Gunſten der letzteren Anſicht dürfte ſich aus folgenden Gründen ergeben.

Der Anſpruch des Bürgen auf Vergütung deſſen, was er für den Hauptſchuldner bezahlt hat, kann einerſeits auf ein in ſeiner eigenen Perſon begründetes Verhältniß des Auftrags (actio mandati contraria) oder der

[1]) 3. B. das Unterpfand, welches einer der Sammtſchuldner für die ganze Schuld eingeſetzt hat, kann nach Beſeitigung der Haftbarkeit für das Ganze gegen dieſen Schuldner nur noch bis zu ſeinem Antheil an der geſammten Schuld, oder genauer geſprochen, bis zum Betrage ſeiner ausgeſchiedenen beſonderen Schuld geltend gemacht werden.

Digitized by Google

Geschäftsführung (act. negotiorum gestorum contraria), anderseits darauf gegründet werden, daß derselbe die Rechte des Gläubigers erwirkt. Gegenüber mehreren Hauptschuldnern begründet die Geschäftsführung einen Anspruch gegen alle Schuldner nur dann, wenn der Bürge dadurch, daß er für Alle bürgte, in Aller Interesse handeln zu wollen erklärt hat, einen Anspruch gegen jeden auf das Ganze begründet sie aber in keinem Falle, selbst dann nicht, wenn die Mitschuldner ihrem Gläubiger als Sammtschuldner je für das Ganze haftbar sind. Das Auftragsverhältniß führt dann zu einem Anspruch gegen alle Schuldner, wenn der Bürge mit aller Wissen und Willen für sie die Bürgschaft übernommen hat, so daß sämmtliche Hauptschuldner als seine gemeinschaftlichen Gewaltgeber erscheinen; dasselbe hat dann aber auch, wofern die mehreren Gewaltgeber dem Gewalthaber sammtverbindlich haften, zu Gunsten des Bürgen gegenüber einem der Mitschuldner einen Anspruch auf das Ganze zur Folge, ohne daß es darauf ankäme, ob dieselben auch dem Gläubiger gegenüber für die durch den Bürgen getilgte Schuld sammtverbindlich verhaftet waren oder nicht. Ganz anders verhält es sich, wenn der Bürge die Rechte des Gläubigers erwirbt, in diesem Falle muß der Anspruch des Bürgen, weil er mit dem bisherigen Anspruch des Gläubigers zusammen fällt, gegen alle Mitschuldner und gegen jeden einzelnen von ihnen in dem gleichen Umfang, in welchem er für den Gläubiger bestand, mithin gegen jeden Sammtschuldner für das Ganze begründet sein; eine Modifikation kann nur stattfinden, wenn und soweit dem Bürgen der Eintritt in die Rechte des Gläubigers kraft eines besonderen in dem Titel für seinen Erwerb liegenden Momentes nur in (subjectiv, oder objectiv) beschränkter Weise zu Theil geworden ist.

Sehen wir nun zu, wie der C. N., bezw. unser L.R. das Verhältniß auffaßt, so werden wir nicht schwer erkennen, daß darin der Anspruch des Bürgen in erster Reihe als ein Anspruch aus Auftrag oder Geschäftsführung angesehen wird; es ergibt sich dies daraus, daß dem Bürgen das Recht eingeräumt ist, von dem ganzen Betrag, welchen er bezahlt hat, Zinsen zu fordern, und zwar nach der heut zu Tage von keiner Seite mehr in Zweifel gezogenen Ansicht, vom Tage der vollzogenen Auslage an. Art. 2028 vergl. mit Art. 2001. 1375. Zachariä, II. §. 426 Note 4. Marcadé, IX. (Pont, petits contrats II.) ad Art. 2028 nro. 226 ff., insbesondere nro. 238 und Note 4 daf. Aus dieser Grundlage kann der Bürge für eine, mehreren Personen gemeinschaftliche Schuld einen Anspruch gegen jeden Mitschuldner auf das Ganze stets dann, aber auch nur dann ableiten, wenn er die Bürgschaft für alle mit deren Wissen und Willen übernommen hat. Vergl. Art. 2002. Daneben wird dem Bürgen aber zugleich die Erwerbung der Klagrechte des befriedigten Gläubigers zugesichert und zwar nicht allein, wie im römischen Rechte kraft des von ihm in Anspruch zu nehmenden benef. cedendarum actionum (l. 17. 36. 39 D. de fidejuss. et mandat. 46. 1), sondern stets hin zufolge einer **Kraft Gesetzes** sich vollziehenden Subrogation in die Rechte des befriedigten Gläubigers. Art. 2029 vergl. mit Art. 2037. Diese Subrogation ist dem Bürgen aber nicht etwa als eine singuläre Rechtswohlthat, sondern in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes eingeräumt, wonach jeder, welcher ein Interesse daran hat, daß eine Schuld getilgt werde, weil er mit Anderen oder für Andere dieselbe zu zahlen hat, kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers eintritt. Art 1251 Ziff. 3 [1]). Es ist einleuchtend, und meines Wissens auch noch niemals bestritten worden, daß hieraus die Subrogation des Bürgen für den Fall des Vorhandenseins mehrerer verbürgter Hauptschuldner ebensogut folgt, wie für den Fall, in welchem nur ein Hauptschuldner vorhanden ist. Ich gehe aber einen Schritt weiter und ziehe — die Erörterung der Frage, ob ein aus Art. 2030 abzuleitendes argum. a contrario zu anderen Resultaten führt, einer weiter unten folgenden Ausführung vorbehaltend — auch noch den Schluß: Die angeführten Gesetzesstellen, welche den Titel für die Subrogation des Bürgen darstellen, deuten in keiner Weise an, daß diese Subrogation nur in einer irgend, wie beschränkten Weise eintreten soll, wenn der Bürge die Bürgschaftsverbindlichkeit unter bestimmten Modalitäten übernommen hat, folgeweise kann man dieselbe auch wegen solcher Modalitäten nicht beschränken; es ist demgemäß insbesondere unstatthaft, für den Fall, daß der Bürge sich nur für einen oder einzelne der mehreren

[1]) Ueber das Verhältniß der auf diesen verschiedenen Grundlagen beruhenden Klagen des Bürgen zu einander (insbesondere Delvincourt, l. c. III. p. 144. Mourlon, repetit. écrits III. nro. 1156. Wegen der Gründe für die in der gewährten gesetzlichen Subrogation liegenden Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts, s. Locré, l. c. XII. p. 370 nro. 129 (ad art. 1251).

Digitized by Google

Mitſchuldner verbürgte, die Subrogation in der Weiſe (ſubjectiv) einzuſchränken, daß man den Bürgen nur in die Rechte des Gläubigers gegenüber den verbürgten, nicht aber auch gegenüber den anderen Mitſchuldnern eintreten läßt; es wäre denn, daß durch dieſe Beſchränkung der Verbürgung zugleich der Grund (die Vorausſetzung) für die Subrogation, nämlich der Umſtand, daß der Bürge kraft der übernommenen Bürgſchaftsverbindlichkeit für Andere Zahlung zu leiſten hat, auf einen Theil des Schuldverhältniſſes, welches zwiſchen dem Gläubiger und den mehreren Schuldnern beſtanden hat, nämlich auf das Schuldverhältniß der verbürgten Mitſchuldner, beſchränkt worden iſt. Die Richtigkeit dieſes Schluſſes beruht auf dem bekannten Satze, daß man, ſoweit das Geſetz nicht ſelbſt Unterſcheidungen macht, kein Recht hat, in der Anwendung deſſelben Unterſcheidungen eintreten zu laſſen. Ich gebe nun zu, daß dann, wenn die mehreren Schuldner, ohne ſammtverbindlich zu ſein, eine theilbare Verbindlichkeit zu erfüllen haben, die Beſchränkung der Verbürgung auf einen der Schuldner auch die Beſchränkung der Subrogation des Bürgen auf die Rechte des Gläubigers gegen den verbürgten Schuldner nach ſich zieht. Ich gebe dieſes zu, weil ich anerkenne, daß bei einem ſolchen Schuldverhältniß (welches übrigens außer dem Bereich unſerer Frage liegt) für jeden der mehreren Schuldner wegen ſeines Antheils an der Geſammtſchuld eine beſondere ſelbſtſtändige Verbindlichkeit, für den Gläubiger gegen jeden der Schuldner ein beſonderes und ſelbſtſtandiges Forderungsrecht beſteht (vergl. mein badiſches bürg. Recht u. ſ. w. §. 165 S. 522), weil ich darum auch anerkennen muß, daß der Bürge, welcher ſeine Bürgſchaft in der angegebenen Weiſe beſchränkt, kraft ſeiner Bürgſchaftsverbindlichkeit nur die den verbürgten Schuldner treffende Verbindlichkeit zu erfüllen hat, daß der Bürge demgemäß nur wegen dieſer, nicht aber wegen der geſammten Verbindlichkeit aller Mitſchuldner für Andere haftet, darum auch nur hinſichtlich der Rechte des Gläubigers gegen den verbürgten Schuldner die Vorausſetzungen der Subrogation für ſich anführen kann. Allein dieſes Alles iſt anders, wenn den mehreren Schuldnern eine untheilbare oder (was hier allein weiter in Betracht kommt) zwar eine theilbare Verbindlichkeit, dieſe aber mit ſammtverbindlicher Haftbarkeit obliegt. Bei Schuldverhältniſſen dieſer Art beſteht für die mehreren Schuldner nur eine einzige das Ganze umfaſſende Schuld, welcher auf Seite des Gläubigers ein einziges Forderungsrecht gegenüber den ſämmtlichen mehreren Schuldnern entſpricht; vergl. Zachariä, II. §. 298 S. 218. 219. Der Bürge, welcher hierbei in der Abſicht ſeine Bürgſchaftsverbindlichkeit zu mindern, die Verbürgung auf einen einzelnen Schuldner beſchränkt, kann zwar daraus die ihm vortheilhafte Folge ableiten, daß er nicht unter läſtigeren Modalitäten zu haften habe, als der Bürge, für welchen allein er gutgeſtanden iſt, ſo daß z. B., wenn dieſer Schuldner (obgleich ſammtverbindlich haftbar), während die andern unbedingt verpflichtet ſind, nur unter einer aufſchiebenden Bedingung ſich verpflichtet hat, auch die Bürgſchaftsverbindlichkeit erſt durch den Eintritt der fraglichen Bedingung wirkſam wird, Art. 1201. 2013; dagegen hindert dieſe Beſchränkung der Verbürgung nicht, daß der Bürge, nach Eintritt der Bedingung, in gleichem Umfang wie der verbürgte Schuldner, mithin als für das ganze Schuldverhältniß haftbar in Anſpruch genommen werden könne. Der Bürge befindet ſich m. a. W., der Beſchränkung ſeiner Verbürgung unerachtet, bezüglich der geſammten einzigen, allen Sammtſchuldnern gemeinſchaftlichen, Schuld in der Lage für Andere Zahlung leiſten zu müſſen, es ſtehen ihm daher auch die Vorausſetzungen für die Subrogation hinſichtlich des geſammten, als eines einzigen, gegen alle Sammtſchuldner ſich richtenden, Forderungsrechtes des Gläubigers zur Seite. Pothier hat ſicherlich Recht, wenn er bezüglich der Verbürgung für einen von mehreren Sammtſchuldnern (tome I. nro. 413) ſagt:

> On peut même dire que celui, qui s'est rendu caution pour l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, est aussi en quelque façon caution des autres, car l'obligation de tous ces débiteurs n'etant qu'une même obligation en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous.

Dieſen Ausſpruch benützte Pothier l. c. und Troplong, tome XVII. nro. 270 neben anderen Argumenten, gewiß mit vollem Rechte, zur Begründung des Satzes, daß der Bürge ſelbſt dann, wenn er ſich nur für einen von mehreren Sammtſchuldnern verbürgt hat, gleichwohl

Digitized by Google

die Einrede der Vorausklage Art. 2022. 2023 nicht allein wegen der Güter des verbürgten Sammtschuldners, sondern auch wegen der Güter der anderen Sammtschuldner vorschützen könne; Troplong stützt auf diesen Ausspruch außerdem noch die weitere Entscheidung, daß, wenn auch die mehreren Sammtschuldner dem Gläubiger je einen anderen Bürgen gestellt haben, gleichwohl diese Bürgen Mitbürgen sind und darum jeder derselben nicht allein berechtigt sei, dem Gläubiger die Einrede der Theilung (Art. 2026) entgegenzuhalten (obgleich Pothier in diesem Punkte der entgegengesetzten, im römischen Rechte von Papinian in l. 51 §. 2 D. de fidejussor. et mandator. 46. 1 vertretenen Ansicht folgt), sondern auch (und zwar in diesem Punkte wieder in Uebereinstimmung mit Pothier I. nro. 413) den in Art. 2033 eingeräumten Rückgriff, ebenso wie gegen die anderen Bürgen desselben Schuldners, auch gegen die Bürgen der anderen Sammtschuldner geltend machen könne. Mazerat stützt zwar die Zurückweisung des Eintritts eines nur für einzelne Sammtschuldner gutstehenden Bürgen in die Rechte des Gläubigers gegenüber den nicht verbürgten Sammtschuldnern gerade darauf, daß ein solcher Bürge nur für denjenigen Schuldner verpflichtet sei, für welchen er die Bürgschaft übernommen hat, und daß demgemäß bezüglich der übrigen Mitschuldner die Voraussetzungen der Subrogation, nämlich die Haftbarkeit für Andere fehle; allein derselbe übersieht dabei, daß sich die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht an die Person des Hauptschuldners, sondern an die Hauptschuld anschließt, was sich schon daraus ergibt, daß eine Bürgschaftsverbindlichkeit fortbesteht, wenn auch der Hauptschuldner (wegen einer ihm blos persönlich zustehenden Einrede) für seine Person von der (bürgerlichen) Haftbarkeit für die Schuld freigesprochen worden ist (Art. 2012), und daß demgemäß (wie oben gezeigt wurde) der Bürge, wenngleich nur für einen der Samutschuldner gutstehend, dennoch die eine allen Sammtschuldnern gemeinsame Schuld, mithin für alle diese Schuldner eine ihm für seine Person fremde Schuld zu bezahlen schuldig war.

Hierdurch widerlegt sich zugleich die Bemerkung von Baumstark (l. c. S. 17), daß dem Bürgen der Eintritt in die Rechte des Gläubigers gegenüber dem nicht verbürgten Sammtschuldner deßhalb zu versagen sei, weil jener nicht **für diesen** bezahlt habe, denn diese Bemerkung trifft der Sache nach vollständig mit der hier besprochenen Ansicht von Mazerat zusammen.

Betrachten wir nun, wie der Art. 2030 hierzu steht und ob das argumentum a contrario, welches die Vertreter der ersten von den im Eingang dargestellten Ansichten daraus ziehen, und dessen Erörterung oben vorbehalten wurde, begründet ist oder nicht. Dieses Argument besagt: der Art. 2030 gestattet dem Bürgen den Rückgriff auf das Ganze gegen jeden der Sammtschuldner nur für den Fall, daß und beziehungsweise weil sich derselbe für alle Schuldner verbürgt hat, folglich besitzt der Bürge diesen Rückgriff hinsichtlich der unverbürgten Schuldner nicht, wenn er sich nur für einzelne der Sammtschuldner verbürgte; da nun aber das Gesetz hierdurch für den letztgedachten Fall dem Bürgen ein Recht entzieht, welches demselben zukommen müßte, wenn ihm der Eintritt in die Rechte des Gläubigers gegenüber den gedachten Sammtschuldnern eingeräumt würde, so schließt es damit diesen Rechtseintritt selbst aus und läßt dem Bürgen nur die Rechte, welche der von ihm verbürgte und durch seine Zahlung befreite Schuldner gegenüber den anderen Sammtschuldnern hat.

Gegen dieses Argument habe ich aber zu bemerken, einestheils, daß, wie schon einmal hervorgehoben werden mußte, ein argumentum a contrario an sich schon nicht das zureichende Mittel ist, um eine Ausnahmsbestimmung herbeizuführen, welche die Consequenzen aus klar und deutlich anerkannten allgemeinen Grundsätzen für einen besonderen Fall wieder ausschlösse, anderntheils, daß es dem vorliegenden Argument an den Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Gegentheilschlusses auf den streitigen Fragefall gebricht. Es ist bekannt, daß man nicht schon daraus, daß für ein bestimmtes gesetztes thatsächliches Verhältniß eine Rechtsregel ausgesprochen worden ist, den Schluß ziehen darf, daß für jedes andere, und wäre es auch das entgegengesetzte Verhältniß die entgegengesetzte Rechtsregel in Anwendung kommen müsse, sondern, daß dieser Schluß nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Grund, auf welchem in dem gesetzten Falle der Ausspruch des Gesetzes beruht, in dem anderen Falle nicht zutrifft. Dies ist insbesondere da zu beachten, wo das Gesetz die Folgen eines aus anderen Bestimmungen sich ergebenden Grundsatzes für die gewöhnlich vorkommenden Falle ausdrücklich anerkennt, also nicht eine neue Rechtsregel aufstellt, sondern

Digitized by Google

nur eine gegebene auf speziell hervorgehobene Fälle anwendet. Gerade dieſes Verhältniß trifft aber bei Art. 2030 zu; der Beleg dafür liegt in den Verhandlungen über den Entwurf der Art. 2029. 2030 und ihrem dadurch feſtgeſtellten Verhältniß zu einander. In dem urſprünglichen Entwurfe des Art. 2029 war, wie ſich aus den deßfallſigen Mittheilungen am Schluſſe von I. ergibt, dem bezahlenden Bürgen nur der Eintritt in diejenigen Rechte eingeräumt, welche das Geſetz einem zahlenden Sammtſchuldner zugeſtand. Der Entwurf hatte dabei die Beſtimmung des nachmaligen Art. 1214 im Auge, welcher in derſelben Sitzung des Staatsraths, in welcher obige Vorſchrift genehmigt wurde, in einer von der dermaligen nur dem Worte — nicht der Sache nach etwas abweichenden Faſſung als Art. 147 in die zweite Redaktion des Entwurfs von L. III. tit. 3 aufgenommen worden war [1]) und wonach der die Zahlung leiſtende Sammtſchuldner von einem jeden der anderen nicht mehr als deſſen Antheil an der Schuld zurückfordern kann. Wenn der Geſetzgeber gleichwohl dem Bürgen für mehrere Sammtſchuldner einen Rückgriff gegen jeden auf das Ganze gewähren wollte, ſo bedürfte es danach einer beſonderen deßfallſigen Beſtimmung; dieſe etwas neues verfügende und über die Folgen des in dem gedachten Entwurfe des Art. 2029 angenommenen Grundſatzes hinausgebende Vorſchrift ſollte der Entwurf des Art. 2030 geben und er gab ſie in der heutigen Faſſung des gedachten Artikels. Der nachmalige Art. 2030 erſchien darnach als eine durchaus ſelbſtſtändige Beſtimmung, welche ihre beſondere Grundlage hatte und zwar darin, daß die Verbürgung für alle Sammtſchuldner übernommen worden war. Dieſes Verhältniß hat ſich nun aber durch die ſpätere Aenderung des Entwurfs des Art. 2029 weſentlich geändert. Indem man nämlich in dem, nach den deßfallſigen Vorſchlägen der geſetzgebenden Sektion des Tribunats vom 18. Januar 1804 geänderten, unterm 3. Februar 1804 dem geſetzgebenden Körper vorgelegten und von dieſem angenommenen Entwurf, durch die dermalige Faſſung des Art. 2029 [2]) der Subrogation des Bürgen in die Rechte eines zahlenden Sammtſchuldners (in conſequenter Durchführung des damals ſchon in ſeiner heutigen Faſſung als Entwurf vorliegenden Art. 1251 [3]) die Subrogation in die Rechte des bezahlten Gläubigers ſubſtituirte, hatte man ſchon, ohne daß es einer weiteren deßfallſigen Beſtimmung bedurfte, die Grundlage für den Anſpruch des Bürgen gegen jeden der mehreren Sammtſchuldner für das Ganze ſanktionirt, und zwar ohne Unterſcheidung, ob die Bürgſchaft für alle Sammtſchuldner oder nur für einzelne derſelben übernommen worden war, weil (wie oben gezeigt wurde), abgeſehen von einer deßfallſigen geſetzlichen Beſchränkung der Bürge darnach ſtets hin in die Rechte des Gläubigers gegen **alle** Schuldner eintreten mußte und dieſem jeder der mehreren Schuldner kraft der Sammtverbindlichkeit für das Ganze verhaftet war. Nach dieſer Aenderung erſchien demgemäß der nachmalige Art. 2030 als durchaus überflüſſig, indem er nun lediglich noch eine Conſequenz aus dem nachmaligen Art. 2029 für den einen und zwar den gewöhnlicheren der verſchiedenen möglichen Fälle ausſprach. Wenn man gleichwohl den Entwurf des Art. 2030 beibehielt, ſo geſchah es nicht, weil man damit (wie in dem erſten Entwurf) auf eine ſelbſtſtändige Grundlage hin etwas neues und beſonderes zu verfügen gedachte, ſondern weil man fand, daß ſein Inhalt auch jetzt noch richtig ſei, indem er eine Anwendung des in dem reformirten Art. 2029 nunmehr feſtgeſtellten Prinzips anerkenne, wenn er gleich die Anwendungsfolgen deſſelben nicht erſchöpfe. Nur bei dieſer Auslegung erſcheint die Erklärung zutreffend, welche Treilhard in der Sitzung des geſetzgebenden Körpers vom 3. Februar 1804 in ſeinem exposé de motifs zum Entwurf der Art. 2029. 2030 abgab [4]) indem er zu Art. 2029 erklärte:

> Le prémier effet de ce paiement a dû être la subrogation de la caution á tous les droits du créancier. . . . elle est prononcé par la loi, parce qu'elle résulte du seul fait du paiement . . . . L'action du créancier passe dans la main de la caution . . .

[1]) Vergl. Locré, l. c. XV. p. 286 mit XII. p. 236. Dieſer Art. 147 war im erſten Entwurf des gedachten Titels Art. 145. Locré l. c. XII. p. 113; die dort beigefügte Bemerkung, daß dieſer Artikel nicht in die zweite Redaction übergegangen ſei, beruht auf einem Verſehen.

[2]) Locré, l. c. XV. p. 315. 316. 317.

[3]) Siehe Art. 150 der zweiten Redaction des Entwurfs von L. III. tit. 3, bei Locré, l. c. XII. p. 236. 274. 288. 370.

[4]) Locré, l. c. XV. p. 327. 328 (nro. 16. 17).

Digitized by Google

und dann zu dem nachmaligen Art. 2030 übergehend beifügte:

> Si le fidéjusseur avait cautionné plusieurs débiteurs solidaires, il aurait le droit de répeter la totalité de ce qui fut payé contre chacun d'eux parce qu'en effet chacun d'eux était débiteur de la totalité (scil. gegenüber dem Gläubiger in dessen Rechte der Bürge eingetreten ist).

Daraus geht zur Evidenz hervor, daß der Art. 2030 die Klage auf das Ganze gegen jeden Sammtschuldner nicht deßhalb gewährt, weil der Bürge sich für alle Sammtschuldner verbürgt hat, sondern auf Grund der, und zwar wie ich wiederholt hervorhebe, von der Verbürgung für alle Sammtschuldner unabhängigen, unbeschränkten Subrogation in die Rechte des Gläubigers; daraus folgt aber weiter, daß es dem fraglichen arg. a contr. durchaus an der erforderlichen Grundlage gebricht.

In wenigen Sätzen zusammengefaßt, stellt sich das Ergebniß obiger Ausführungen wie folgt dar:

> Der Bürge tritt in dem Umfange, in welchem er kraft seiner Verbürgung für Andere zur Zahlung der Hauptschuld verpflichtet ist, kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers ein;
>
> der Bürge für eine Sammtschuld ist, wenn er auch seine Verbürgung auf einen oder einzelne der Sammtschuldner beschränkt hat, gleichwohl zur Zahlung der ganzen, allen Mitschuldnern gemeinsamen, Schuld verpflichtet, folglich tritt derselbe der Beschränkung seiner Verbürgung unerachtet in die Rechte des Gläubigers gegenüber sämmtlichen Sammtschuldnern ein;
>
> aus diesem unbeschränkten Rechtseintritt folgt, daß jeder Sammtschuldner, so wie er dem Gläubiger für das Ganze haftete, auch dem an des Letzteren Stelle getretenen Bürgen für das Ganze haften muß;
>
> eine gesetzliche Beschränkung dieser Folgen läßt sich aus den maaßgebenden Texten nicht ableiten, namentlich kann eine solche nicht durch ein arg. a contr. aus Art. 2030 begründet werden.

Es erübrigen noch einige kürzere Ausführungen zu den bisher nicht berührten Gründen, welche zur Unterstützung der, der meinigen entgegenstehenden, Ansicht, außerdem noch geltend gemacht werden. Ich bemerke hierüber:

1) Der Grund: „es widerstreite der Gerechtigkeit, die Lage der nicht verbürgten Sammtschuldner durch eine ihnen fremde Thatsache, dadurch nämlich, daß ohne ihr Wissen anstatt des Mitschuldners ein Bürge desselben die Zahlung leiste, zu ihrem Nachtheil zu verändern und zu erschweren (Devilleneuve, l. c. p. 19; Pont, l. c. p. 144; Kassationshof 19. April 1854; Sirey 1855 I. p. 23)" — beruht auf der unrichtigen Unterstellung, daß man die Lage des Sammtschuldners nach der Zahlung durch den Bürgen mit derjenigen zu vergleichen habe, welche eingetreten sein würde, wenn der (verbürgte) Mitschuldner selbst Zahlung geleistet hätte, während man doch, um bemessen zu können, ob durch einen Rechtsvorgang eine für die Betheiligten vortheilhafte oder nachtheilige Aenderung der Sachlage eingetreten ist, die aus demselben entsprungene Lage nur mit derjenigen vergleichen kann, welche vorher begründet war. Stellt man diese allein zutreffende Vergleichung an, so wird, wie schon Baumstark l. c. p. 17 sehr richtig bemerkt hat, die Lage der (nicht verbürgten) Sammtschuldner in keiner Weise verschlimmert, indem nur die ihrem Inhalte nach sich durchaus gleich bleibenden Rechte des Gläubigers auf eine andere Person übergehen. Es tritt, von einigen Besonderheiten abgesehen, das gleiche Verhältniß wie bei einer Cession ein. Ja es würde, wenn man dem Bürgen die Klage auf das Ganze versagt, sogar eine Verbesserung der Lage der (nicht verbürgten) Sammtschuldner eintreten, welche um so weniger zugelassen werden kann, als der Grund hierfür in einer Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch die zunächst verpflichteten Sammtschuldner liegen würde und es sich gewiß nicht rechtfertigen läßt, die Saumsal von Schuldnern zu einer Grundlage von Vortheilen für dieselben zu machen. (Vergl. Ladenburg l. c. p. 13.) Wer die Lage der Sammtschuldner nach Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen — mit der Lage derselben nach Befriedigung des Gläubigers durch einen Mitschuldner — vergleicht, übersieht zudem, daß die Sammtverbindlichkeiten wegen der Gleichartigkeit der Verpflichtung, welcher die mehreren Sammtschuldner unterliegen, für das Verhältniß unter diesen selbst kraft Gesetzes getheilt sind (A. 1213), und daß darum, mithin wegen eines Grundes, welcher auf das Verhältniß des Bürgen zu den Sammtschuld-

Digitized by Google

nern nicht paßt, obgleich auch die zahlenden Mitschuldner in die Rechte des Gläubigers eintreten (Art. 1251 [3]), dennoch dem zahlenden Sammtschuldner gegen die übrigen nur ein Ersatzanspruch nach deren Antheilen an der Schuld eingeräumt, mithin die Subrogation in einem Theil ihrer Wirkungen beschränkt wurde. Art. 1214 [1]). Will man eine Vergleichung der Wirkungen einer Zahlung durch den Bürgen mit denen einer Zahlung durch einen für das Ganze haftenden Mitschuldner anstellen, so muß man sich jedenfalls an diejenigen besonderen Verhältnisse halten, wobei die rechtliche Lage des zahlenden Mitschuldners eine Analogie mit der des Bürgen zuläßt; es bieten mithin nur diejenigen Verhältnisse Vergleichungspunkte dar, bei welchen der zahlende Mitschuldner nicht in gleicher Weise wie die anderen, sondern nur im Interesse dieser für die Schuld haftet. Ein solches Verhältniß regelt der Art. 1216; es ist dasjenige, wobei das Geschäft, wofür mehrere eine Sammtverbindlichkeit übernommen haben, nur Einen der Sammtschuldner angeht, welcher dann auch, weil die anderen **in Beziehung auf ihn** nur als seine Bürgen zu betrachten sind, diesen für den ganzen von ihnen bezahlten Betrag haftet. Was hier in Bezug auf den Einen Sammtschuldner gesagt ist, welchen die Schuld allein angeht, muß, wenn mehrere der Sammtschuldner in dieser Lage sind, für jeden einzelnen von ihnen gegenüber denjenigen gelten, welche das betreffende Geschäft nicht angeht. Ein anderes Verhältniß ähnlicher Art giebt der Art. 875 an die Hand, indem er demjenigen Miterben, welcher sich der Vorsicht der Erbverzeichniß theilhaftig gemacht und dadurch seine persönliche Haftbarkeit für die Nachlaßschulden ausgeschlossen hat, für den Fall, daß derselbe wegen des Besitzes eines Unterpfandsstückes mehr als seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Nachlaßschuld bezahlen mußte, von der Vorschrift ausnimmt, daß der Miterbe für den gedachten Fall auf die anderen Miterben und Erbtheilnehmer seinen Rückgriff nur nach deren Antheilen an dem Nachlaß (Art. 870. 871) nehmen könne, so daß ein solcher Miterbe z. B. gegen denjenigen Miterben, welcher, weil er ein anderes für die Schuld haftendes Unterpfand innehat, für die ganze Schuld einstehen muß (Art. 2114 Abs. 2), auch das Ganze fordern kann, während der Miterbe, welcher die Erbschaft ohne den Vorbehalt der Vorsicht des Erbverzeichnisses angetreten hat, selbst gegenüber den ein anderes Unterpfand besitzenden Miterben das Pfandrecht nur für deren Antheil an der Schuld geltend zu machen vermag. Marcadé, III. No. 385. 386 ad Art. 875 I. II.; Demolombe, XVII. No. 79. 80. Zachariä IV. §. 637. Die Analogie aus diesen Verhältnissen spricht aber entschieden gegen die Ansicht von Troplong und Genossen, und damit zugleich für die von mir vertretene Ansicht.

2) Das Argument von Troplong (l. c. No. 379), welches dahin geht: „die Klage wodurch der Bürge die Rechte des Gläubigers gegen den Sammtschuldner auf das Ganze geltend mache, würde zu einem Klagenzirkel führen, indem der Letztere berechtigt sei, dem Bürgen entgegenzuhalten, daß er seinerseits für den Betrag, um welchen die geforderte Zahlung seinen Antheil an der Schuld übersteige, gleichfalls wieder den Eintritt in die Rechte des Gläubigers anzusprechen und kraft dieses Eintritts den gedachten Betrag an den noch immer für die Schuld haftenden Bürgen zu fordern haben werde, sowie daß er, wenn ihm dieser Eintritt versagt werde, dem an Stelle des Gläubigers getretenen Bürgen den Art. 2037 entgegenhalten könne" — ist sowenig stichhaltig, wie der vorhin besprochene Grund. Gegen dieses Argument ist nämlich zu bemerken, einestheils daß die Bestimmung des Art. 2037 zu Gunsten des Bürgen, als eine Sonderbestimmung, eine Ausdehnung auf den Hauptschuldner nicht zuläßt (s. Baumstark l. c. S. 16), anderntheils, daß eine Subrogation, wenn sie auch an sich begründet ist, doch niemals die Wirkung haben kann, daß dadurch die Folgen einer Verbindlichkeit von dem in erster Reihe und für seine Person verpflichteten Hauptschuldner auf eine für dieselbe Verbindlichkeit nur als Bürge haftende Person überwälzt werden, weil dieses dem Wesen der Bürgschaftsverbindlichkeit als einer nur subsidiären Verpflichtung für Andere widerstreiten würde.

Vergl. Marcadé IV. nro. 718 p. 548 ad art. 1252 III.

3) Den letzten Grund, welcher einer Widerlegung

---

[3]) Eine ähnliche Lage ist aus dem gleichen Grunde für das Verhältniß der Mitbürgen zu einander sanktionirt in Art. 2033. Man vergl. hierüber Gauthier, l. c. nro. 435; Marcade IV. p. 483 nro. 624 ad art. 1214; Locré l. c. XII. p. 467. 468. Taulier steht mit dem Gesetz im Widerspruch, wenn er (l. c. p. 34) den Grundsatz der Theilung des Rückgriffs für auf alle bei einem Schuldverhältniß betheiligte Personen ohne Rücksicht auf die Art ihrer Betheiligung anwendbar hält.

Digitized by Google

bedarf, finde ich in der Ausführung, welche Baumstark, l. c. S. 17 gibt, wo er den Ausspruch, daß der Bürge in unserem Fall nur in die Rechte des verbürgten Schuldners, für welchen er zahlte und nicht in die weitergebenden Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten könne, aus folgenden Sätzen ableitet:

„Die Zahlung des Bürgen befreit nur den einen Mitschuldner, für welchen er bürgte, vollkommen, weil die anderen, wenn gleich ebenfalls dem Gläubiger gegenüber befreit, diesem Einen verhaftet bleiben. Jedenfalls liegt in der Beschränkung der Bürgschaftsübernahme auf einen einzelnen Mitschuldner ausgesprochen, daß die Absicht des Bürgen bei der dereinstigen Zahlung nur darauf gerichtet sein sollte, diesen Einen zu befreien. Was durch seine Zahlung weiter bewirkt wird, ist lediglich Folge der Sammtverbindlichkeit, mithin eines Momentes, welches, weil es für den zahlenden Bürgen zufällig ist, seinem Willen fremd bleibt, auch keine Folgen auf seine Rechtsverhältnisse äußern kann."

Hiergegen kommt aber in Betracht:

Die Sammtverbindlichkeit der mehreren Hauptschuldner ist keineswegs ein für den Bürgen zufälliges Moment, denn der Bürge haftet bekanntlich nur in dem Umfang, in welchem derjenige, für welchen er bürgte, verpflichtet ist (Art. 2013), der Bürge für *einen einzelnen von mehreren Mitschuldnern* haftet demgemäß (— von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall einer untheilbaren Verbindlichkeit abgesehen —) für das Ganze der Schuld nur dann, wenn und deßhalb, weil der von ihm verbürgte Schuldner selbst als Sammtschuldner für das Ganze verpflichtet ist. Der Bürge muß also bei Uebernahme der Bürgschaft darauf Rücksicht nehmen, ob eine Sammtverbindlichkeit besteht oder nicht, wenn er das Maaß seiner Bürgschaftsverbindlichkeit richtig bemessen will. Wer die Bürgschaft für einen von mehreren Sammtschuldnern übernimmt, erkennt damit die Wirkungen der Sammtverbindlichkeit gegen sich an, sicherlich aber nur mit dem Gedanken, daß, sofern ihm dieselbe wegen seines dereinstigen Rückgriffs einen Vortheil bringen kann, ihm auch dieser zu gute komme. Dem gegenüber kann man unmöglich sagen, daß die Sammtverbindlichkeit der Schuldner dem Willen des Bürgen fremd sei. Ja der Bürge für einen einzelnen von mehreren Mitschuldnern wird von den (nachtheiligen) Wirkungen der Sammtverbindlichkeit sogar weit mehr berührt, als derjenige, welcher die Bürgschaft für die sämmtlichen Mitschuldner übernommen hat, denn während der erstere nur wegen der Sammtverbindlichkeit der Hauptschuldner auf das Ganze belangt werden kann, würde der Gläubiger gegen den Letzteren das Ganze auch dann fordern können, wenn die Sammtverbindlichkeit nicht bestände, weil dieser als Bürge für jede einzelne der für die mehreren Schuldner begründeten Theilverbindlichkeiten zu haften haben würde.

Aus dem bisher Gesagten folgt unmittelbar zwar nur, daß die Sammtverbindlichkeit *bei Begründung* des Bürgschaftsverhältnisses für den Bürgen nicht zufällig ist; allein, was für die Begründung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht zufällig, sondern geradezu wesentlich ist, kann auch in Bezug auf die Erfüllung derselben unmöglich für etwas Zufälliges erachtet werden. Der Bürge, welcher eine Sammtschuld ganz tilgt, weiß und muß wissen, daß er dadurch *dem Gläubiger gegenüber alle* Sammtschuldner in gleichem Maaße befreit, denn es ist dieses eine nothwendige gesetzliche Folge der von ihm geleisteten Zahlung und zwar eine solche, welche ohne Rücksicht darauf eintritt, ob der Bürge weil für alle Schuldner oder nur für einzelne derselben verpflichtet, bezahlt hat. Art. 1200. 1236. Die deßfallsige Absicht des Bürgen könnte darum, wenn sie nicht mit der rechtlichen Lage in Widerspruch treten will, nur die sämmtlichen Mitschuldner im Auge haben; die Beschränkung der Verbürgung auf einen einzelnen der Schuldner hat damit nichts zu schaffen, sie bezieht sich auf *die Feststellung des qualitativen Umfangs der Bürgschaftsverbindlichkeit*, keineswegs aber auch auf die gesetzlichen Folgen der dieser Verbindlichkeit gemäß geleisteten Zahlung. *Sich selbst gegenüber* will aber der Bürge den verbürgten Schuldner sicherlich soweuig befreien, wie die anderen Mitschuldner. Wenn wir darum auf die Absicht sehen, welche der Bürge hinsichtlich der Befreiung der Schuldner nach diesen beiden Richtungen haben wird, und wenn wir zugeben, daß diese Absicht für das Maaß des Rückgriffs des Bürgen bestimmend sei, so müßten wir zu dem Resultate gelangen, daß dieser Rückgriff *gegen alle Schuldner in gleichem Umfang* (entweder auf das Ganze oder nur nach Theilen) stattfinde. Die Frage endlich, ob, nachdem der Bürge gegen den einen oder anderen der Mitschuldner den ihm gesetzlich

Digitized by Google

zustehenden Rückgriff geltend gemacht hat, die Schuldner unter sich befreit sein oder noch eine Ausgleichung eintreten zu lassen haben werden, kann den Bürgen nicht berühren, denn sie entsteht erst, nachdem das Bürgschaftsverhältniß nach allen Richtungen, nämlich sowohl zwischen Bürgen und Gläubiger durch Befriedigung dieses, als auch zwischen Bürgen und Hauptschuldnern durch Befriedigung des Bürgen, erlassen ist; von einer Absicht des Bürgen, durch seine Zahlung die eine oder andere Lage der Mitschuldner unter sich herbeizuführen, kann darum die Rede nicht sein. Dieses Verhältniß kann aber auch schon deßhalb keinen Einfluß auf die Gestaltung des Rückgriffs hinsichtlich seines Umfangs üben, weil dasselbe erst eine Folge der Art und Weise ist, wie der Bürge seine Rückgriff auszuüben berechtigt war und darnach auch wirklich ausgeübt hat.

Ich stelle übrigens in Abrede, daß bei der Zahlung des Bürgen dessen Absicht, die Hauptschuldner zu befreien, als ein rechtliches Moment hervortritt. Dasjenige, worauf zunächst die Absicht des Bürgen gerichtet sein muß, kann nur sein, daß er seine Bürgschaftsverbindlichkeit erfülle und dadurch sich selbst dem Gläubiger gegenüber befreie. Diesem allein leistet er unmittelbar etwas aus seinen Mitteln; den Schuldnern kommt seine Leistung nur mittelbar durch die daraus folgende Befreiung derselben gegen den Gläubiger zu gute. Wenn die Art und Weise, wie die Zahlung des Bürgen wirkt, für die Ermittlung derjenigen Person von Erheblichkeit sein soll, deren Rechte dem Bürgen zur Sicherung eines Rückgriffs erworben werden, so führt dieser Umstand doch sicherlich, anstatt auf einen Eintritt in die Rechte des verbürgten Schuldners, auf einen Eintritt in die Rechte des Gläubigers.

Aus dieser Darlegung ergibt sich, daß die oben angegebene Ausführung auf einer unrichtigen Anschauung theils von der Absicht des Bürgen bei Uebernahme der Bürgschaftsverbindlichkeit, theils von der Absicht desselben bei Leistung der Zahlung und von den Folgen der Zahlung beruht; damit fällt aber ihre Schlüssigkeit für die vorliegende Frage weg.

Gegen die Auffassung, daß der Bürge in die Rechte des verbürgten Schuldners gegen dessen Mitschuldner eintrete, sei zum Schlusse noch darauf hingewiesen, daß das Gesetz wohl von dem Eintritt in die Rechte eines Gläubigers, welchem Zahlung geleistet wurde, nirgends aber von dem Eintritt in die Rechte eines Schuldners, für welchen gebürgt und bezahlt worden ist, spricht. Will man dem Bürgen die Rechte des Letzteren verleihen, so kann dies jedenfalls nur darauf gestützt werden, daß man dem Bürgen wegen des Rückgriffsanspruches, welchen er durch seine Zahlung gegen den verbürgten Sammtschuldner erworben hat, in Gemäßheit des Art. 1166 die Ausübung der Rechte dieses gegen die anderen Sammtschuldner gestattet. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der verbürgte Sammtschuldner, insolange als er noch Schuldner des Bürgen ist, gar keine Rechte gegen die Mitschuldner besitzt, indem er solche erst dadurch erwirbt, daß er mehr als seinen Antheil an der von dem Bürgen abgetragenen Schuld diesem vergütet.

III.

Die Antwort auf die Frage, ob der Bürge für einzelne Sammtschuldner dadurch gegen jeden derselben eine Klage auf das Ganze erlange, daß er sich von dem Gläubiger ausdrücklich in seine Rechte einweisen läßt (Art. 1250), ist für die Vertreter der hier vertheidigten Ansicht außer Zweifel; sie kann nur bejahend ausfallen.

Eine eingehendere Erörterung darüber, wie diese Frage von den Vertretern der anderen Ansichten zu beantworten sei, gehört nicht zu der Aufgabe dieser Ausführung; gleichwohl sei andeutungsweise bemerkt, daß auch diese keinen Anlaß haben, die Frage zu verneinen, indem die deßfalls vorgebrachten Gründe (s. Troplong, l. c. p. 329. 330) nicht stichhaltig sind. Die Anschauung nämlich, daß dem vertragsmäßig subrogirten Bürgen von dem (nicht verbürgten) Sammtschuldner des Ersteren eigene Haftbarkeit wieder entgegengehalten werden könne, wird durch dieselben Gründe widerlegt, welche gegen die Ansicht vorgebracht werden mußten, daß der Klagenzirkel die gesetzliche Subrogation hindere. Der Satz aber, daß die vertragsmaßige Subrogation nicht mehr Wirkungen äußern könne, als die gesetzliche (welcher, nebenbei bemerkt, streng genommen nur von denjenigen angeführt werden kann, welche zwar eine gesetzliche Subrogation in die Rechte des Gläubigers anerkennen, dieser aber nur beschränkte Wirkungen beilegen wollen), widerspricht dem allgemeinen Grundsatz, daß der Wille der Betheiligten insolange und insoweit Anerkennung finden muß, als ihm nicht ein gesetzliches Verbot entgegensteht (Art. 1133. 1134 — s. auch Baumstark, l. c. S. 18) der Art. 1252 stellt zwar die vertragsmäßige Subroga-

Digitized by Google

tion in ihren Wirkungen der gesetzlichen ganz gleich, hat aber dabei nur diejenigen Fälle im Auge, für welche der letzteren nicht durch besondere gesetzliche Vorschriften ein Theil ihrer Wirkungen entzogen ist. Mir scheint sogar darin, daß der Art. 875 für ein spezielles Verhältniß, nämlich für das der vorbehaltslosen Miterben untereinander, deßhalb weil sich diese als in gleicher Weise verpflichtete Mitschuldner gegenüberstehen, der vertragsmäßigen Subrogation die Wirkung versagt, ein Klagrecht gegen die Miterben auf das Ganze zu gewähren — ein gewichtiges argum. a contr. dafür zu liegen, daß Personen, welche nur subsidiär für Andere haften, die vollen Wirkungen einer solchen Subrogation stetshin für sich anführen können.

Behagbel.

134.

Zu §. 483 Ziff. 1 der Pr.O.

Ueber die Weigerung inländischer Zeugen in auswärts anhängigen Prozessen auf Requisition bei diesseitigen Gerichten Zeugniß zu geben.

Der Zeuge, welcher sich nicht für verpflichtet hält, Zeugniß zu geben, hat die Gründe seiner Weigerung bei Gericht vorzutragen, kann sich daher nicht deßhalb weigern, der Ladung vor Gericht Folge zu leisten, weil er Gründe zur Verweigerung des Zeugnisses zu haben glaubt.

Bleibt der Zeuge ungehorsam aus, so ist das Gericht befugt, mit den in §. 474 der Pr.O. an die Hand gegebenen Maaßregeln gegen ihn vorzugehen.

Dadurch, daß der Zeuge der Ladung entspricht, geht er also des Rechts, das Zeugniß zu verweigern, nicht verlustig, vielmehr darf er es nur in der Gerichtstagfahrt geltend machen und begründen, wo auch die Parteien oder ihre Vertreter gegenwärtig und in der Lage sind, von den Gründen der Weigerung Kenntniß zu nehmen, ihnen nachzugeben oder ihre Rechte dagegen zu wahren, und die hierzu geeigneten Anträge zu stellen.

Beharrt die Partie, welche sich auf den Zeugen beruft (vergl. §. 457 der Pr.O.), auf ihrem Antrag auf seine Vernehmung trotz seiner Weigerung, so ist dieser Antrag abzuweisen, wenn das Gericht die Gründe der Weigerung billigt.

Hält aber das Gericht diese Gründe nicht für geeignet, den Zeugen seiner Pflicht zur Auskunftsertheilung zu entbinden, so darf es gegen seine Weigerung, die verlangte Auskunft zu geben, nicht etwa mit Strafen, wie nach §. 474 gegen den ungehorsam ausgebliebenen Zeugen einschreiten, sondern nur das gegen den erschienenen aber die Auskunft verweigernden Zeugen in §. 479 der Pr.O. vorgezeichnete Verfahren einhalten, und wenn derselbe hierdurch nicht bestimmt wird, von seiner Weigerung abzugehen, so muß der Partei überlassen werden, nach §. 475 der Pr.O. sich an dem Zeugen schadlos zu halten.

Ein Beschwerderecht erwächst aber dem Zeugen aus dem nach §. 479 der Pr.O. gegen ihn eingeschlagenen Verfahren nicht, namentlich kann darin nicht etwa eine ungebührliche Behandlung des Zeugen im Sinne des §. 1157 Ziff. 5 der Pr.O. gefunden werden, welche nur durch ein mißbräuchliches Ausschreiten gegen eine vor Gericht erschienene Person verübt wird.

Wenn der sich weigernde Zeuge auf Ansuchen eines anderen Gerichts vernommen werden soll, ist zwar das oben beschriebene Verfahren von dem requirirten Gericht einzuhalten, aber die Entscheidung der Frage, ob die Weigerung des Zeugen begründet sei oder nicht, welche einen Zwischenstreitpunkt im Hauptprozesse bildet, kommt dem Gerichte der Hauptsache zu. Denn das nur zur Vornahme einer einzelnen Handlung im Prozesse beauftragte Gericht kann nicht berufen sein, einzelne Zwischenpunkte, die sich bei Vornahme der aufgetragenen Handlung ergeben, selbstständig aus dem Hauptprozesse heraus, mit dem sie zusammenhängen und auf dessen Ausgang sie Einfluß äußern, zu entscheiden.

Ist das requirirende Gericht ein ausländisches, so äußert diese Eigenschaft keinen Einfluß auf seinen Beruf zur Entscheidung solcher Zwischenfragen, die sich in dem vor ihm anhängigen Rechtsstreit bei dem requirirten badischen Gerichte ergaben. Doch hat die Entscheidung über die Weigerung eines in Baden zu vernehmenden badischen Zeugen auch von Seiten des ausländischen Gerichts der Hauptsache nach badischem Prozeßrecht zu geschehen.

Nur wenn die Weigerung aus Gründen des öffentlichen Rechts z. B. der staatlichen Reciprocität oder Retorsion abgeleitet wird, hat die Entscheidung durch das requirirte badische Gericht zu geschehen.

—. In dem bei dem kön. bayer. Bezirksgerichte Lohr, anhängigen Rechtsstreite der Pflegschaft des Jakob Bauer

Digitized by Google

von Unteraltertheim, gegen Jakob Hirſchhorn von Bötigheim hatte die Klägerin zur Führung des ihr aufgegebenen Beweiſes, daß Bauer das in der Schuldurkunde vom 27. Oktober 1862 anerkannte Darlehen nicht empfangen habe, unter Anderen auch den Levi Grünebaum und den Lippmann Karpf von Wenkheim als Zeugen vorgeſchlagen, um deren Vernehmung das großh. Amtsgericht Tauberbiſchofsheim angegangen wurde. Beide weigerten ſich aber Zeugniß zu geben, indem ſie erklärten, ſie ſeien am Ausgang des Streites mit betheiligt und zwar am Kapital- und Zinſenverluſt und den Koſten.

Das großh. Amtsgericht Tauberbiſchoffsheim erachtete die Weigerung der Zeugen für begründet und lehnte deren Einvernahme auch auf Grund des Juſtizminiſterialerlaſſes vom 25. November 1850, Reggsbl. S. 400, ab.

Das kön. bayer. Appellationsgericht Aſchaffenburg theilte nun die Akten dem großh. Kreis- und Hofgericht Mannheim mit dem Erſuchen mit, das Amtsgericht Tauberbiſchoffsheim anzuweiſen, gegen die ohne Grund ſich weigernden Zeugen nach Maaßgabe der badiſchen Pr.O. einzuſchreiten, beziehw. deren Vernehmung zu bewirken.

Der Appellationsſenat wies hierauf das Amtsgericht Tauberbiſchofsheim an, der Requiſition des kön. bayriſchen Bezirksgerichts Lohr zu entſprechen und gab dem Amtsgerichte zu erkennen, daß die Ablehnung der Zeugen-Einvernahme auf Grund des erwähnten Juſtizminiſterialerlaſſes auf einer falſchen, den Grundſätzen des internationalen Rechts widerſprechenden Auslegung beruhe. Abſatz I. jener Verordnung handle nämlich nur von Ladungen badiſcher Zeugen vor ein kön. bayer. Gericht; in dieſem Falle ſtehe es den Zeugen frei, ob ſie ſolchen Ladungen Folge leiſten wollen, anders ſei es aber bei Requiſitionen eines kön. bayer. Gerichts an ein Badiſches, daß es Zeugen vernehmen ſolle u. ſ. w. Dabei wurde weiter ausgeführt, daß in dem Vorbringen der Zeugen ein Grund zur Verweigerung des Zeugniſſes nach §. 483 der Pr.O. Abſ. I. nicht gefunden werden könne.

Das Amtsgericht Tauberbiſchoffsheim lud nun die Zeugen auf den 22. September 1868 vor, und als ſie ausblieben, auf Freitag den 15. Januar 1869 unter Androhung einer Strafe von 10 fl. für den Ungehorſamsfall.

Hiergegen beſchwerten ſie ſich; ihre Einſprache wurde jedoch von dem Appellationsſenate verworfen. Hiergegen erhoben ſie Beſchwerde an das großh. Oberhofgericht, welches jedoch am 20. März 1869 die erhobene Beſchwerde als unbegründet verwarf und zwar aus folgenden

Gründen:

Die Frage, ob einem Zeugen geſetzliche Gründe, das Zeugniß zu verweigern, zur Seite ſtehen, iſt in dem Falle, wenn ein badiſcher Staatsangehöriger in einem bei einem auswärtigen Gericht anhängigen Rechtsſtreite Zeugniß zu geben, zwar nach den inländiſchen Geſetzen zu beurtheilen, und wenn ein inländiſches Gericht um die Abhör des Zeugen angegangen wird, auch von dieſem, dem requirirten Richter, zu entſcheiden *);

L.R.S. 3a;

Bebagbel, Recht §. 17 S. 46

Renaud, Civ.Proz. §. 112 S. 283

eine ſolche Entſcheidung bezüglich der Beſchwerdeführer liegt aber zur Zeit nicht vor.

Nach den hier maaßgebenden Beſtimmungen der Pr.O. (§§. 438 und 474 ff.) hat der requirirte Richter Tagfahrt zur Abhör des Zeugen anzuberaumen, hiezu die Parteien und die Zeugen vorzuladen und wenn Letztere in der angeſetzten Tagfahrt ohne rechtliche Urſache ausbleiben, eine weitere Tagfahrt anzuordnen und dieſelben durch Zwangsmittel zum Erſcheinen anzuhalten.

Glaubt der Zeuge Gründe zu haben, welche die Verweigerung der Eidesleiſtung oder der Beantwortung der an ihn geſtellten Fragen rechtfertigen, ſo hat er ſolche in der Tagfahrt geltend zu machen und wenn ſie von den Parteien nicht anerkannt werden, zu beweiſen oder eidlich zu bekräftigen.

Sache des Richters iſt es ſodann, die vorgebrachten Weigerungsgründe zu prüfen und wenn er ſie für zureichend erachtet, den Zeugen von der Zeugnißpflicht zu entbinden, andernfalls aber nach Vorſchrift des §. 479 der Pr.O. gegen denſelben zu verfahren.

Die Einhaltung dieſes geſetzlich vorgeſchriebenen Verfahrens haben die Beſchwerdeführer ſelbſt verhindert.

Der Appellationsſenat hat durch die Verfügung vom 27. November v. J., durch welche ſich die Beſchwerdeführer zunächſt beſchwert erachten, das Amtsgericht nur angewieſen, der Requiſition des kön. bayer. Bezirksgerichts Lohr zu entſprechen, d. h. Tagfahrt zur Abhör der Zeugen anzuordnen, er hat aber über deren Verbindlichkeit zur Ablegung des Zeugniſſes keine Entſcheidung gegeben, ſondern am Schluſſe ſeines Erlaſſes dem

*) Die Competenz des requirirten Richters dürfte beanſtandet werden können. Red.

Digitized by Google

Amtsgerichte ausdrücklich bemerkt, daß es, wenn sich bei der Einvernahme der Zeugen eine Veranlassung hiezu ergeben sollte, über ihre Weigerungsgründe ein Erkenntniß zu erlassen *) habe.

Von dem Amtsgerichte wurde zur Abhör der Zeugen Tagfahrt auf den 22. Dezember v. J. anberaumt und auf ungehorsames Ausbleiben derselben anderweite Tagfahrt auf den 15. Januar l. J. angeordnet, letztere aber in Folge der von den Beschwerdeführern erhobenen Einsprache auf Weisung des Appellationssenates wieder abbestellt.

Das Amtsgericht war hiernach noch gar nicht in der Lage, die den Beschwerdeführern etwa zur Seite stehenden Weigerungsgründe würdigen zu können.

Bei diesem Stande der Sache ist den Beschwerdeführern überall kein Grund zu einer Beschwerde gegeben; es muß denselben vielmehr überlassen bleiben, in der Tagfahrt, welche das Amtsgericht zu ihrer Abhör ansetzen wird, diejenigen Gründe, durch welche sie die Verweigerung der Eidesleistung und die Beantwortung der an sie gestellten Fragen rechtfertigen zu können glauben, geltend zu machen und erforderlichen Falles zu beweisen.

Red.

135.

1) Der dritte Stellungstermin, nach dessen Ablauf das Strafverfahren gegen ungehorsame Wehrpflichtige in der Regel erst eingeleitet werden soll, berechnet sich nach dem Lebensalter.

2) Meinungsverschiedenheiten zwischen Bezirksamt und Staatsanwalt darüber, ob die Voraussetzungen zum strafgerichtlichen Einschreiten vorliegen, entscheidet die vorgesetzte Dienstbehörde.

Ludwig Demmler von Rheinbischofsheim, geboren 1847, stellte sich bei der Aushebung des Jahres 1867 und wurde wegen Körperschwäche für zur Zeit untauglich erklärt. Bei den Aushebungen im Jahre 1868 und 1869 blieb derselbe unentschuldigt aus. Das Bezirksamt Kork übergab dem Staatsanwalt zu Offenburg die nach §. 5 des Gesetzes über ungehorsame Wehrpflichtige vorgeschriebene Beurkundung und ersuchte um Einleitung des Strafverfahrens. Angeschlossen war ein Zeugniß des Gemeinderaths Rheinbischofsheim, wornach, soweit bekannt, Demmler sich im Frühjahr 1868 nach Amerika begeben habe, der Gemeinderath jedoch nicht annehmen zu müssen glaube, daß dieses geschehen sei, um sich der Wehrpflicht zu entziehen. Der Staatsanwalt nahm auf Grund des §. 84 der Vollzugsverordnung zum Wehrgesetz Anstand, dem Ersuchen des Bezirksamts zu entsprechen. Hiernach ist die Bestrafung wegen Ungehorsams in der Regel erst nach Ablauf des dritten Stellungstermins des Abwesenden zu veranlassen, nach §. 5a des Gesetzes über ungehorsame Wehrpflichtige ist Seitens der Bezirksbeamten zu bezeugen, daß der Wehrpflichtige sich zu den angeordneten Aushebungstagfahrten — also eine Mehrheit — nicht gestellt hat.

Der Staatsanwalt gab im Interesse einer gehörigen thatsächlichen Unterlage für die durch die Beurkundung des Civilbeamten der Aushebungsbehörde gegebene praesumtio doli, diesen Bestimmungen die Auslegung, daß der Pflichtige bei drei Terminen abwesend gewesen, beziehungsweise dreimal ungehorsam ausgeblieben sein müsse.

Er hielt es deßhalb, zumal in dem Zeugniß des Gemeinderaths und der Thatsache, daß Demmler für zur Zeit untauglich erklärt wurde, Momente gegen die Absicht, sich dem Kriegsdienste zu entziehen, gefunden werden konnten, für angezeigt, den fruchtlosen Ablauf eines weiteren Jahres abzuwarten und ersuchte eventuell das Bezirksamt, den Angehörigen eine Aufforderung zur Rückkehr behufs Erfüllung der Wehrpflicht zuzustellen. §. 84 Ziff. 3 der Vollzugsverordnung zum Wehrgesetz. Das Bezirksamt beharrte auf seinem Antrage und begehrte mit Bezug auf §. 61 der Str.Pr.O. Vorlage an die Raths- und Anklagekammer. Letzterem Begehren glaubte der Staatsanwalt nicht entsprechen zu können, da die Entscheidung der vorwürfigen Frage nicht in den Wirkungskreis der Rathskammer falle, auch der §. 61 der Str.Pr.O. weder directe noch analoge Anwendung finden könne. Es wurde auf Vorschlag des Staatsanwalts Vorlage an das Ministerium des Innern gemacht, durch dessen Vermittelung der Staatsanwalt Seitens des Justizministeriums zur Antragstellung angewiesen wurde. Das Ministerium des Innern sprach sich in seiner Begründung dahin aus:

„Das Gesetz selbst macht das Einschreiten nicht davon abhängig, daß ein Pflichtiger dreimal ungehorsam ausgeblieben sei und nur die Vollzugsverord-

*) Beziehungsweise zu erwirken. Red.

Digitized by Google

nung instruirt die Verwaltungsbehörde dahin, daß der Antrag auf gerichtliche Bestrafung in der Regel erst nach Ablauf des dritten Stellungstermines zu stellen sei. Dieser dritte Termin berechnet sich nach dem Lebensalter (siehe auch preuß. Instruction, Helldorf S. 126 „gegen Wehrpflichtige, welche bis zu dem ihrem Lebensalter nach eintretenden 3ten Gestellungstermin unermittelt bleiben, soll das Gesetz ꝛc. in Anwendung kommen)", und diese Berechnung und beziehungsweise das Einschreiten im dritten Stellungstermin steht in Verbindung mit dem übrigen formellen Aushebungsverfahren. Darnach soll im dritten Termin definitive Entscheidung erfolgen; diejenigen, bei welchen ausnahmsweise solches nicht der Fall ist, kommen in die Rückstandsverzeichnisse, werden in den übrigen Listen gestrichen und zur Aushebung nicht mehr vorgeladen. Ein weiterer Ungehorsam und eine weitere Beurkundung in dieser Beziehung nach §. 5a des Ungehorsamgesetzes kann daher nicht mehr vorkommen und der Pflichtige weiß aus Gesetz und Verordnung, daß er im 3ten Termin der Ungehorsamsstrafe verfällt."

Die Strafkammer Offenburg trat dieser Anschauung bei und verurtheilte den L. Demmler wegen Ungehorsams in Erfüllung seiner Wehrpflicht zu einer Geldstrafe von 200 Gulden. Dr. Cadenbach.

136.

Niemand kann die eigene Verschuldung für sich und zu seinem Vortheil geltend machen.

Dieser Satz erscheint selbstverständlich und keiner Begründung bedürftig; gleichwohl wird er vielfach verkannt. So z. B. hat die Nichtbeobachtung der von dem Gesetz für Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Formen häufig die Nichtigkeit derselben zur Folge.

Dann entsteht die Frage, ob derjenige, welcher das Gesetz übertreten hat, diese Nichtigkeit geltend machen kann? Papiere auf Inhaber sollen nur mit Staatserlaubniß ausgegeben werden. Wenn nun eine Gesellschaft oder eine Korporation solche Papiere ohne Staatserlaubniß ausgegeben hat, so entsteht die Frage, ob der Klage auf Zahlung von den Ausgebern die Einwendung entgegengesetzt werden kann, die betreffenden Papiere seien ungültig oder nichtig, weil die Staatserlaubniß fehle? Oder wenn Aktiengesellschaften die Einholung der Staatsgenehmigung oder die Eintragung in das Handelsregister versäumt haben, kann es fraglich erscheinen, ob die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften dem Kläger entgegengehalten werden kann? Können sie insbesondere geltend machen, sie könnten nicht als Beklagte vor Gericht gestellt werden, weil sie keine gesetzliche Existenz haben? In allen diesen Fällen würde die eigene Verschuldung der vorgeschützten Einrede zu Grund gelegt. Es lassen sich auch noch andere Fälle denken. So z. B. es unterschreibt Jemand einen Vertrag ohne ihn gelesen zu haben; es indossirt Jemand einen Wechsel und dessen Kopie; es acceptirt Jemand einen Wechsel, der auf eine größere Summe lautet, als er dem Aussteller schuldet; es erkennt Jemand eine Rechnung an, ohne sie gehörig geprüft zu haben; es nimmt Jemand eine nicht vertragsmäßige Waare an, u. s. w. In allen diesen und ähnlichen Fällen zeigt sich ein gewisser Mangel an Vorsicht, eine Nachlässigkeit oder Unerfahrenheit in Geschäften; es fragt sich, ob der Betreffende sich darauf beziehen kann, um seine gegebene Zustimmung anzufechten? Im Allgemeinen wird diese Frage verneint werden müssen. Denn die Art. 1382 und 1383 unseres Gesetzbuchs machen Jedermann für die Folgen seiner Vergehen und Versehen verantwortlich. Als unrechte That erscheint nach Art. 1382a nicht allein eine überhaupt verbotene Handlung, sondern auch eine erlaubte, wenn sie von einer unberechtigten Person oder auf eine widerrechtliche Weise verrichtet wird. Ferner ist nach Art. 1383 Jedermann verbunden, auch denjenigen Schaden zu ersetzen, den er durch seine Nachlässigkeit oder Unverständigkeit einem Andern zufügt.

In dieser Beziehung sind also Versehen den Vergehen gleichgestellt, d. h. beide ziehen die Pflicht zur Entschädigung nach sich, wenn auch in Bezug auf das Maaß der Entschädigung durch die Art. 1150 und 1151 ein Unterschied statuirt wird. Wenn nun Versehen geradeso wie Vergehen die Pflicht zur Entschädigung des dadurch beschädigten Theils zur Folge haben, so können sie gewiß nicht dazu dienen, zu Gunsten dessen, der sich ein Vergehen oder Versehen zu Schulden kommen ließ, geltend gemacht zu werden. Wer Inhaberpapiere ohne Staatserlaubniß ausgibt, oder wer eine Aktiengesellschaft mit Hintansetzung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen gründet, ist verbunden, alle Personen, welche dadurch in Schaden kommen, zu entschädigen. Wie sollte er sich

Digitized by Google

also den eingegangenen Verbindlichkeiten dadurch entziehen können, daß er sich auf seine unrechte Handlung beruft? Er würde gerade dadurch den Andern in Schaden bringen und daher nur um so mehr entschädigen müssen.

Wenn eine Versicherungsgesellschaft ohne Staatserlaubniß gegründet wird, wenn dann diese Gesellschaft Versicherungen eingeht und Prämien bezieht, so übernimmt sie dadurch gewisse Verpflichtungen gegen die Prämiengeber. Sollte sie sich diesen Verpflichtungen dadurch entziehen können, daß sie, auf Erfüllung belangt, die mangelnde Staatserlaubniß vorschützt? Das französische Handelsgesetzbuch Art. 42 sagt ganz richtig: diese Förmlichkeiten müssen bei Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden, aber die Gesellschafter können deren Unterlassung dritten Personen nicht entgegenhalten. Ist dieses eine singuläre Vorschrift, oder nur eine Anwendung des oben aufgestellten allgemeinen Princips? Ich glaube das Letztere. Dieser Satz muß, meiner Meinung nach, auch nach Aufhebung des französischen Gesetzbuchs gelten, auch heute können die Gesellschafter sich nicht darauf berufen, daß sie die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet haben; denn dieses ist ihr eigener Fehler, der sie zur Entschädigung aller derer verpflichtet, welche dadurch in Schaden kommen. Man kann dieser Ausführung den Wortlaut des Art. 211 des H.G.B. entgegenhalten, insofern dieser sagt, die Aktiengesellschaft bestehe als solche nicht; da sie nicht bestehe, so könne sie auch nicht verklagt werden. Dies ist die Ansicht von Hahn ad Art. 211, von Koch in seinem Commentar des H.G.B. ad Art. 211, indem dieser Letztere sogar behauptet, die Aktiengesellschafthafte als solche gar nicht, weil derjenige, welcher, ohne sich vorher von der Erfüllung der Förmlichkeiten zu überzeugen, mit der Gesellschaft contrahirt, es sich nur selbst zuzuschreiben habe, wenn er in Nachtheil komme. Diese Ansicht erscheint hart und im Widerspruch sowohl mit dem Rechtsbewußtsein als mit dem Verkehrsbedürfniß. Die Gesellschaften dehnen ihre Geschäfte häufig über weite Länderstrecken aus, wie soll der Einzelne, welcher nicht weit verzweigte Handelsverbindungen hat, sich über die Beobachtung der Förmlichkeiten Gewißheit verschaffen können? Ohnedies gilt ja allgemein die praesumtio boni viri, warum soll man bei Gesellschaften von dem Princip des Mißtrauens ausgehen? Wenn eine Gesellschaft thatsächlich besteht, warum soll man ihre rechtliche Existenz bezweifeln, und ehe man sich mit ihr einläßt, ihren Taufschein zu verlangen verbunden sein? Die Thatsachen werden überall als solche anerkannt, das beweist die ganze Lehre vom Besitz, dem nicht allein gesetzlicher Schutz gegen Störungen gewährt, sondern sogar die Möglichkeit, mittels Ablaufs längerer Zeit zum Recht zu werden, in Aussicht gestellt wird; warum soll die Thatsache des öffentlichen Bestehens und Wirkens einer Gesellschaft nicht ebenfalls Anerkennung insoweit verdienen, daß Niemanden ein Vorwurf daraus, daß er sich in Geschäftsverbindung mit ihr eingelassen hat, gemacht werden kann? Ich will nur auf die bekannte Thatsache verweisen, daß in Mannheim mehr als 20 Jahre eine Dampfschleppschiffahrts-Gesellschaft auf Aktien bestand, welche ohne Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeit errichtet, gleichwohl ein sehr ausgedehntes Geschäft betrieb. Deren Schiffe fuhren nach Rotterdam, Amsterdam, nahmen dort Ladungen für den ganzen Rheinstrom, ohne daß irgend Jemand darnach fragte, ob ein öffentlicher Akt errichtet, ob die landesherrliche Genehmigung erfolgt sei? Erst als unter den Aktionären selbst Streitigkeiten entstanden, und Rechtskundige deßhalb konsultirt wurden, kam es an den Tag, daß die Gesellschaft keinen rechtlichen Bestand hatte; es erfolgte die Auseinandersetzung mittels Liquidation, wie bei einer zu Recht bestehenden Gesellschaft. Anders kann es auch nicht gehalten werden, wenn man nicht die Dinge auf den Kopf stellen will. In der französischen Jurisprudenz ist dieses auch längst anerkannt; man nennt dergleichen Gesellschaften sociétés de fait. Auch unser Handelsgesetzbuch hat in Bezug auf die offene und Commanditgesellschaften das nämliche Princip in den Art. 110 und 163 anerkannt. Dort ist ausdrücklich festgesetzt, daß in Bezug auf dritte Personen die rechtliche Wirksamkeit derselben mit dem Zeitpunkt eintritt, da sie ihre Geschäfte begonnen haben. Mithin können diese Gesellschaften dritten Personen den Mangel der Förmlichkeiten nicht entgegenhalten. Für die Aktiengesellschaften ist zwar nicht die nämliche Bestimmung getroffen; sollte sie aber nicht analog anzuwenden sein, da hier durchaus der nämliche Grund obwaltet wie dort?

(Schluß folgt.)

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 20.**

(Schluß von Art. 136.)

Dritte Personen sollen dadurch, daß die Mitglieder der Gesellschaft dem Gesetz ungehorsam waren, nicht in Schaden kommen. Diesen dritten Personen gegenüber muß die Gesellschaft alle eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen, sie muß auf deren Erfüllung belangt werden können; sonst wäre die durch das Gesetz angedrohte Nichtigkeit kein Nachtheil, sondern ein Vortheil, mittels deren sie sich den eingegangenen Verpflichtungen entziehen kann. Wer wird aber dem Gesetzgeber eine solche Verkehrtheit zutrauen? Man könnte vielleicht erwiedern, gerade deßhalb sei die Bestimmung in Absatz 2 des Art. 211 getroffen, daß die Handelnden persönlich und solidarisch haften. Sollte aber darum die Gesellschaft selbst nicht haften? Es ist nicht einmal zuzugeben, daß die Bestimmung des 2ten Absatzes des Art. 211 gerade nur den Zweck hat, den Gläubigern der Gesellschaft einen andern Schuldner statt dieser zu substituiren. Das sehen wir aus Art. 163. Dort wird der Commanditist ebenfalls dritten Personen für solidarisch haftbar erklärt, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte vor der Eintragung ins Handelsregister begonnen hat. Gleichwohl haftet die Gesellschaft ebenfalls. Jene Bestimmung hat daher einen ganz andern Zweck. Der Gesetzgeber will die Betheiligten durch Androhung eines Nachtheils zur Beobachtung seiner Vorschrift veranlassen, keineswegs aber ihnen für den Fall der Nichtbeobachtung derselben einen Freibrief geben, mittelst dessen sie sich den etwa eingegangenen Verbindlichkeiten entziehen können. Deßhalb bin ich der Meinung, daß die Betheiligten nicht dritten Personen den Mangel der zur Constituirung von Aktiengesellschaften vorgeschriebenen Förmlichkeiten entgegensetzen und daraufhin die Einrede, es fehle der Gesellschaft die juristische Persönlichkeit, sie könne mithin nicht verklagt, überhaupt nicht vor Gericht gestellt werden, begründen können; vielmehr ist Art. 211 nur dahin zu verstehen, daß der Gesellschaft selbst, wenn sie klagend auftritt, von dritten Personen die Einwendung, sie habe keinen Rechtsbestand und könne daher nicht vor Gericht auftreten, entgegengesetzt werden kann.

Allerdings hat das Obertribunal in Berlin am 27. Mai 1865 anders entschieden. Vergl. Archiv von Busch 9 Bd. S. 138. Aber gerade dieser Fall zeigt die Ungerechtigkeit dieser Entscheidung. Die preußische Mühlenassekuranzgesellschaft in Berlin bestand ohne Staatserlaubniß. Ein Mühlenbesitzer verklagte sie — es ist nicht angegeben weßhalb; nehmen wir an wegen eines Feuerschadens. Der Direktor der Gesellschaft wendet ein, diese könne nicht verklagt werden, weil sie keine rechtliche Existenz habe. Kläger wurde daraufhin abgewiesen, und die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Eine solche Abweichung widerspricht dem allgemeinen Rechtsbewußtsein; die Gesellschaft hat ihrer Zeit die Prämie empfangen und sich dagegen verbindlich gemacht, den Feuerschaden zu ersetzen. Der Kläger hätte sich, wenn sie den Vertrag nicht eingegangen hätte, anderwärts versichern können; er kömmt durch ihr gesetzwidriges Verfahren in Schaden; sie muß ihn daher entschädigen. Nach der Ansicht des Obertribunals kann man sie aber nicht vor Gericht stellen. Gleichwohl ließ das Gericht die Vertretung der Gesellschaft durch den Direktor zu. Welcher Widerspruch! Die Gesellschaft bestand thatsächlich, sie war thatsächlich durch den Direktor vertreten; dieser hat Geschäfte für sie gemacht, Verbindlichkeiten für sie übernommen. Läßt man die Vertretung der Gesellschaft durch den Direktor vor Gericht zu, so erkennt man ihn als Mandatar derselben; man muß daher auch sein Mandat bezüglich der durch ihn abgeschlossenen Geschäfte anerkennen.

Unser Gesetzbuch hat den oben aufgestellten Grundsatz in einem andern Fall zur Anwendung gebracht. Verträge können wegen Irrthum angefochten werden, Art. 1109 und 1117; aber Art. 1110a macht den Zusatz: „Derjenige Irrthum entkräftet den Vertrag nicht, der selbstverschuldet ist.“ Was anders will dieser Satz sagen, als daß Niemand sich auf seine eigene Verschuldung berufen kann? Wenn Irrthum über das Wesen einer Sache oder über die Eigenschaft des Vertrags einen allgemeinen Grund zu dessen Anfechtung ausmacht, das Gesetz aber diejenigen Fälle ausnimmt, in welchen der

Digitized by Google

Irrthum durch eigene Verschuldung herbeigeführt ist, so ist doch wohl klar, daß der Gesetzgeber nicht gestatten will, daß man sich auf die eigene Verschuldung berufe. Wenn der Principal eines großen Handlungshauses Briefe oder Wechsel unterschreibt, ohne sie gelesen, oder ohne den Inhalt geprüft zu haben, so wird er mit der Einwendung, er sei in Bezug auf den Inhalt der unterschriebenen Briefe oder Wechsel im Irrthum gewesen, nicht gehört. Warum? Sein Irrthum ist ein selbstverschuldeter. Wer einen Vertrag unterschreibt, ohne ihn gelesen oder gehörig geprüft zu haben, wird mit der Einwendung, er sei bezüglich des Inhalts des Vertrags im Irrthum gewesen, nicht gehört; denn sein Irrthum ist ein selbstverschuldeter. Wer eine Waare annimmt, ohne sie geprüft zu haben, wird mit der Einwendung etwaiger Mängel derselben nicht mehr gehört. Art. 247 des H.G.B. Wer einen Wechsel acceptirt, ohne Deckung zu haben, muß zahlen, wenn auch der Aussteller zur Zeit der Annahme zahlungsunfähig gewesen ist. Art. 121 code de commerce. Wer einen falschen Wechsel acceptirt oder indossirt, haftet ebenso wie wenn der Wechsel ächt wäre. W.O. Art. 75. Ebenso haften Indossanten und Aussteller, wenn auch das Accept falsch ist. Art. 76 ibidem. In allen diesen Fällen wird der Irrthum für einen selbstverschuldeten gehalten.

Allgemein bekannt ist die Regel: Ignorantia juris nocet. Niemand wird mit der Einwendung gehört, er sei in Bezug auf den einen oder andern Rechtssatz im Irrthum gewesen — ein solcher Irrthum wird für selbstverschuldet angesehen, denn Jedermann soll das bestehende Recht kennen. Wer eine Erbschaft ohne Vorsicht des Erbverzeichnisses antritt, haftet für alle Schulden des Erblassers mit seinem ganzen Vermögen. Er kann sich nicht auf einen Irrthum berufen, denn dieser ist selbstverschuldet.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, haftet für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten, und zwar mit seinem ganzen Vermögen, wenn er als offener Gesellschafter eingetreten ist — mit seiner Einlage, falls er nur Commanditist wurde. Art. 113 und 166 des H.G.B. Ja der Commanditist haftet sogar persönlich mit seinem ganzen Vermögen, wenn die Eintragung in das Handelsregister unterlassen wurde. Art. 163 ibid. Weder der Eine noch der Andere wird mit der Einwendung gehört, bezüglich dieser Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Irrthum gewesen zu sein, sie nicht gekannt zu haben. Ein solcher Irrthum gilt für selbstverschuldet. Das großh. Oberhofgericht hat entschieden, daß ein Leibrentenvertrag wegen Irrthum über das Alter der Pfründnehmer vom Pfründgeber dann nicht angefochten werden kann, wenn er sich über das Alter durch Einsicht der Geburtsregister Gewißheit verschaffen konnte. Sein Irrthum sei ein selbstverschuldeter. Oberhofgerichtliche Jahrbücher 1859/60 S. 368. Gegen die aufgestellte Regel kann

1) Art. 294 des H.G.B. angeführt werden, weil es dort heißt: „Die Anerkennung einer Rechnung schließt den Beweis eines Irrthums oder eines Betrugs nicht aus." Man könnte nämlich geneigt sein, hieraus zu folgern, daß die Anerkennung wegen jeden Irrthums, auch des selbstverschuldeten, angefochten werden kann. So versteht Hahn in seinen Anmerkungen §. 2 (I. Bd. S. 85) diesen Satz: „es komme nicht darauf an, ob der Irrthum entschuldbar ist oder nicht." Dem tritt aber Wolff in dem Archiv von Busch 11. Band S. 81 ganz entschieden entgegen, unter Berufung auf die Protokolle S. 1319 und 20, wo ausdrücklich hervorgehoben wird, daß man nicht sagen wolle, die Anerkennung solle wegen jeden Irrthums angefochten werden können, sondern nur, die Anerkennung stehe der Anfechtung wegen eines Irrthums nicht entgegen, wobei natürlich unterstellt werde, daß überhaupt die Voraussetzungen zur Anfechtung vorhanden seien. Auch Endemann ist der Ansicht, daß das Abrechnungsgeschäft nur wegen entschuldbaren Irrthums angefochten werden kann. Vergl. dessen Handelsrecht §. 144 S. 693. Er beruft sich auf Regelsberger im Archiv für civil. Praxis Bd. 47 S. 164 und ff. Der gleichen Ansicht ist auch Brinkmann Lehrbuch des Handelsrechts §. 129 S. 507; Wolff führt weiter aus, daß diese Ansicht allein der Rechtsüberzeugung der Kaufleute und den praktischen Bedürfnissen des Handelsverkehrs entspricht.

2) Das römische Recht läßt die condictio indebiti nur bei einem entschuldbaren Irrthum, das französische Recht dagegen allgemein zu.

Vergl. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 162.

C. c. Art. 1235.

Das französische Recht geht aber in den Art. 1376 u. ff. von dem Gedanken aus, daß derjenige, welcher Etwas annimmt, was ihm nicht gebührt, eine unrechte Handlung begeht, welche ihn ersatzpflichtig macht. Die Zahlung setzt nämlich ein Zusammenwirken zweier Per-

Digitized by Google

sonen, des Zahlenden und des Empfangenden voraus. Der Letztere, welcher Etwas annimmt, was ihm nicht gebührt, kann wissentlich oder irrthümlich gehandelt haben; im erstern Fall ist seine Handlung jedenfalls unrecht, er ist deßhalb nach den Principien der Art. 1382 und ff. zur Entschädigung verpflichtet; hat er aber irrthümlich gehandelt, so tritt sein Verschulden ein, wenn er die Rückgabe verweigert, nachdem er über seinen Irrthum aufgeklärt ist — seine Weigerung, das irrthümlich Empfangene zurückzugeben, begründet eine Verschuldung auf seiner Seite, welche ihn entschädigungspflichtig macht. Die Bestimmungen des französischen Rechts über die condictio indebiti scheinen daher im Einklang mit dem oben aufgestellten Grundsatz.

3) Art. 1356 des Landrechts gestattet in Uebereinstimmung mit dem französischen Recht den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses, das auf einem Irrthum über eine Thatsache beruht, ohne zu unterscheiden, ob dieser Irrthum entschuldbar ist oder nicht. Da aber die Bestimmungen des Gesetzbuchs als unter einander in Uebereinstimmung stehend angesehen werden müssen, so dürfte Art. 1356 der Limitation des Art. 1110a unterliegen. Die Bestimmungen der Pr O. §. 150—156 werden dem nicht entgegenstehen, weil sie sich auf den Widerruf der von dem Bevollmächtigten gemachten Geständnisse beziehen.

Demnach dürfte man den oben aufgestellten Grundsatz als allgemein geltend ansehen müssen.

Dr. Ladenburg.

137.

Beschwerdeführung gegen Abweisung von Kostenersatzbitten in Strafsachen.

1) J. A.S.

gegen

Ferdinand Döhner und Dominikus Hippler von Hardheim,

wegen Ehrenkränkung,

hat das großh. Kreisgericht Mosbach durch Urtheil vom 19. August d. J., No. 4014, die Angeklagten von der Anklage freigesprochen, und die Ankläger — als Sammtschuldner für das Ganze haftend — in die Kosten des Strafverfahrens verurtheilt. Anwalt Arnold liquidirte mit Eingabe vom 30. August Namens der Angeklagten ihre Kosten, die er mit Einschluß der Anwaltsgebühren auf 39 fl. 39 kr. berechnete und bat, den Anklägern die Zahlung dieses Betrags unter sammtverbindlicher Haftbarkeit binnen kurzer Frist bei Zwangsvermeiden aufzugeben. Unterm 7. September verfügte großh. Kreisgericht Mosbach, daß die Kosten des Anwalts Arnold im Betrag von 26 fl. 51 kr. den Akten und der Taxordnung entsprechen, die Summe der von den Anklägern den Angeklagten zu ersetzenden aber auf 9 fl. festgesetzt werde, da die Berathung mit einem Anwalt nicht nothwendig war, die deßfallsigen Ansätze darum ungerechtfertigt erscheinen, und daß die Anwaltskosten der Angeklagten sich nicht zum Ersatz durch die Ankläger eignen, zumal diese auch keinen Anwalt beigezogen haben.

Gegen diese Kostenersatzverfügung führte Anwalt Arnold Beschwerde bei großh. Oberhofgericht und rechtfertigte sie dahin, daß §. 319. 324 der Str.P.O. dem Ankläger und Angeklagten gestatte, in der Regel durch einen Anwalt ihre Rechte geltend zu machen, daß die Angeklagten aber um so mehr Anlaß hatten, sich des Beistandes eines Anwalts zu bedienen, als die Ankläger die Anklage durch einen Anwalt hatten fertigen lassen, daß überdies aber die Angeklagten sehr wohl daran thaten, ihre Vertheidigung in der Gesetzesanwendung einem Rechtsgelehrten zu überlassen, da ihnen selbst die Kenntnisse nicht zuzumuthen waren.

Auf diese Beschwerde erkannte das großh. Oberhofgericht am 5. Oktober d. J., No. 2110:

In Erwägung, daß ein Recht der Beschwerde gegen die Abweisung von Kostenersatzbitten in Strafsachen den Betheiligten nirgend eingeräumt ist, daß ein solches auch weder aus §. 412 der Str.P.O. noch aus der Bestimmung des §. 1157 Ziff. 7 der bürgerli. Pr.O., die hier keine analoge Anwendung erleidet, abgeleitet werden kann,

nach Ansicht der §§. 317 und 426 der Str.P.O. wegen des Kostenpunktes

„wird die von Anwalt Arnold Namens der Angeklagten erhobene Beschwerde gegen die Verfügung der Strafkammer des großh. Kreisgerichts Mosbach vom 7. September d. J. unter Verfällung des beschwerdeführenden Theils in die hierdurch veranlaßten Kosten als unzulässig verworfen.

2) J. A.S.

gegen

Georg Hillesheim von Sandhausen,

wegen Diebstahls,

hat großh. Amtsgericht Mosbach unterm 5. Juni d. J.

Digitized by Google

den Angeklagten der Entwendung einer Sperrkette im Werth von 2 fl. und damit des ersten gemeinen Diebstahls für schuldig erklärt und zu einer durch zwei Tage Hungerkost geschärften Amtsgefängnißstrafe von acht Tagen sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung verurtheilt; hiergegen ergriff der Angeklagte den Rekurs und durch Urtheil großh. Kreisgerichts Mosbach, Rekurskammer, vom 12. Juli, wurde dieses Urtheil dahin abgeändert:

„daß der Angeklagte von der Anklage wegen Diebstahls und den Kosten beider Instanzen freizusprechen sei."

Der Angeklagte bat durch seinen Anwalt das großh. Kreisgericht Mosbach, auszusprechen, daß die großh. Staatskasse die Kosten erster und zweiter Instanz zu ersetzen habe, und die Kosten der Vertheidigung als nothwendige erklärt werden. Großh. Kreisgericht Mosbach hat aber mit Verfügung vom 28. Juli d. J.

„die gestellte Kostenersatzbitte als ungerechtfertigt zurückgewiesen"

aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß zu den Kosten des Strafverfahrens, von welchen der Angeklagte durch diesseitiges Urtheil vom 12. d. M. freigesprochen wurde, nur die Gerichtssporteln und die in §. 427 der Str.P.O. weiter aufgeführten Auslagen gehören, daß aber die hier liquidirten Beträge nicht unter diese fallen, indem das Gesetz mit der Bezeichnung „nothwendige Kosten der Vertheidigung" nur jenen Aufwand im Auge hatte, welcher durch die Vertheidigung im Sinne des §. 194 Abs. 3. 4 und 5 der Str.P.O. entstanden ist.

In Erwägung, daß, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle einer widerrechtlichen Verhaftung keine gesetzliche Vorschrift einem freigesprochenen Angeklagten eine Entschädigung aus der Staatskasse für jene Auslagen gewährt, welche ihm lediglich dadurch entstanden sind, daß das Gericht von den ihm zustehenden strafprozessualischen Befugnissen Gebrauch gemacht hat.

Gegen diese Verbescheidung führte der Anwalt des Angeklagten Beschwerde bei großh. Oberhofgericht, welches aber durch Erkenntniß vom 5. Oktober d. J.:

In Erwägung, daß ein Recht der Beschwerde gegen die Abweisung von Kostenersatzbitten in Strafsachen den Betheiligten nirgend eingeräumt ist, und daß ein solches auch weder aus §. 412 der Str.P.O. noch aus der Bestimmung des §. 1157 Ziff. 7 der bürgerlichen Pr.O., die hier keine analoge Anwendung erleidet, abgeleitet werden kann, nach Ansicht des §. 426 der Str.P.O wegen des Kostenpunktes:

„die gegen die Verfügung großh. Kreisgerichts Mosbach (Rekurskammer) vom 28. Juli d. J. erhobene Beschwerde werde unter Verfällung des beschwerdeführenden Theils in die hierdurch veranlaßten Kosten als unzulässig verworfen." Red.

138.

Handelsrecht.

Der Prinzipal darf seinen Handlungsgehilfen ohne vorherige Aufkündung und ohne gerichtliches Einschreiten entlassen, wenn der Handlungsgehilfe für Rechnung eines anderen Kaufmanns Handelsgeschäfte in nicht unerheblichem Maaße abschließt. Ob der Prinzipal bei der Entlassung des Gehilfen von jenem Umstande Kenntniß hatte, kommt nicht in Betracht.

Hierauf beruhen In Sachen Kleeblatt gegen Wolf das Urtheil des Kreisgerichts Heidelberg vom 9. Januar 1869 und das bestätigende Urtheil des Appellationssenats Mannheim vom 30. April 1869.

Kreisgerichtliche Gründe.

Es ist zwischen den Parteien unbestritten, daß Kläger seit Spätjahr 1867 als Handlungsgehilfe in dem Kaufmannsgeschäfte des Beklagten angestellt war, in dieser Eigenschaft die Geschäftsreisen des Beklagten zum Zwecke des Waarenverkaufs im Großen zu besorgen und wenn er nicht auf Reisen war, als Verkäufer in dem offenen Ladengeschäfte des Beklagten thätig zu sein hatte, wogegen er einen Gehalt von jährlich 350 fl., den Ersatz seiner Auslagen während der Reisen und freie Wohnung sammt vollständiger Verköstigung während seines Hierseins anzusprechen hatte.

Es ist ferner unbestritten, daß der thatsächliche Vollzug dieses Vertrags seit dem 24. Juni 1868 aufgehört hat, indem an diesem Tage Beklagter dem Kläger den ferneren Zutritt in sein Geschäft und Haus verbot.

Während nun Kläger den ferneren Vollzug des Vertrags bis zum 1. Oktober 1868 als dem frühesten Termin, auf welchen ihm gemäß Art. 61 des H.G.B.

Digitized by Google

das Dienstverhältniß habe gekündigt werden können, und demgemäß die Ausbezahlung seines Gehalts für die Zeit vom 24. Juni bis 1. Oktober 1868, sowie Entschädigung für die ihm entzogenene Wohnung und Kost während dieser Zeit begehrt, wendet Beklagter ein, zur Entlassung des Klägers mit dem 24. Juni 1868 theils auf Grund eines besonderen Uebereinkommens mit demselben, theils einer Reihe von Ordnungs-, ja Pflichtwidrigkeiten desselben berechtigt gewesen zu sein.

Vom Kläger zugestanden ist:

1) daß er unterließ, eine auf seiner Geschäftsreise von L. Rosenfeld in Neudenau bei ihm gemachte Bestellung seinem Geschäftsherrn einzusenden; er will dies damit entschuldigen, daß ihm unmittelbar nach jener Bestellung die Weisung des Beklagten zugegangen sei, den fraglichen Artikel (sog. „blau Hausmachen") vor der Hand nicht mehr in Verkauf zu nehmen,

2) daß er einem gewissen Karl Blum in Sinsheim ohne Vollmacht 2 pCt. Sconto im Betrage von 28 kr. zugestanden habe; zu seiner Rechtfertigung führt er an, daß er sich bei der sonst prompten Zahlung dieses Kunden zu diesem Nachlasse für befugt erachtet habe, da derselbe, während ihm ein sechsmonatliches Ziel zugestanden gewesen, comptant bezahlt habe;

3) daß er eines Nachmittags — angeblich wegen Unwohlseins — ohne seinen Dienstherrn zu benachrichtigen, nach dem Mittagessen bis 3 Uhr in seinem Zimmer geschlafen habe, anstatt bei dem Detailverkaufe im Laden thätig zu sein;

4) daß er ohne Einwilligung des Beklagten auf seiner letzten Geschäftsreise noch Mustercigarren, von welchen ihm ein Kistchen von Cigarrenhändler Marcel Selisberger mit dem Ersuchen um den Verkauf solcher Waare nachgeschickt worden sei, beim Abendessen an 2 Kunden des Beklagten Namens L. Göppich und M. Samstag von Schweigern, sowie an den Wirth Schwarz in Gerlachsheim, bei welchem er logirte, zusammen 2 mille à 20 fl. verkauft habe; von diesem Vorgange habe aber Beklagter zur Zeit der ihm ertheilten Entlassung noch keine Kenntniß gehabt.

Nach Art. 62 des H.G.B. ist die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe, aus welchen die Aufhebung des Dienstverhältnisses zwischen dem Prinzipale und dem Handlungsgehilfen *vor* der bestimmten Zeit (Art. 61) verlangt werden kann, dem Ermessen des Richters überlassen. Nach Art. 64 kann diese Aufhebung gegen den Handlungsgehilfen insbesondere ausgesprochen werden, wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht.

Liegt nun auch nach dem oben Ziff. 4 Zugestandenen eine wirkliche Vornahme von Handelsgeschäften für Rechnung eines Dritten nicht in großem Umfange und nicht unter Umständen vor, welche eine Benachtheiligung des Beklagten durch dieses Nebengeschäft seines Handlungsgehilfen erkennen lassen, so kommt es theils auf eine solche Benachtheiligung gar nicht an,

> D. W. Endemann, deutsches Handelsrecht §. 26 III. C. 1. 6 S. 124.

theils gibt der vom Kläger begonnene Vollzug des von dem Hause Selisberger ihm ertheilten und mit seinen Pflichten gegenüber dem Beklagten unvereinbaren Auftrags zu der Unterstellung triftigen Grund, Kläger würde bei längerer Fortdauer seines Dienstverhältnisses zum Beklagten fortgesetzt entweder ähnliche oder noch umfassendere Geschäfte jener Art betrieben haben.

Wie sich aber ferner aus Dr. Fr. v. Hahn's Commentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch, I. Bd. zu Art. 63, ergibt, soll nur bei *wichtigen entgegenstehenden* Gründen die Aufhebung des Dienstverhältnisses in den in Art. 64 vorgesehenen Fällen unterbleiben, während der Kläger zur Rechfertigung seines in Rede stehenden Verfahrens in Wahrheit gar keine solchen Thatsachen vorgetragen hat.

Wenn in einem ähnlichen Falle von Dr. A. Anschütz und Dr. Frh. v. Völderndorf, Commentar zum allg. d. Handelsgesetzbuche I. Band zu Art. 64 Ziff. 2 Seite 453, die Uebernahme „einiger Kistchen Cigarren in Commission" nicht als hinreichender Aufhebungsgrund angesehen wurde, so kommt dagegen für den vorliegenden Fall in Betracht, daß der dem Kläger von Selisberger ertheilte Auftrag nicht auf „einige Kistchen beschränkt, sondern allgemein ertheilt war.

Der Gerichtshof hat bei dieser Sachlage die oben Ziff. 4 erwähnten, vom Kläger zugestandenen Thatsachen für hinreichend erkannt, um die durch den Beklagten bereits thatsächlich vollzogene Aufhebung des Dienstverhältnisses *vor* dem nach Art. 61 des H.G.B. sonst zulässigen Termin als gerechtfertigt erscheinen zu lassen

Digitized by Google

und dies um so mehr, als aus den übrigen, vom Kläger gleichfalls zugestandenen Vorgängen, wie solche oben Ziff. 1—3 dargestellt worden sind, ungeachtet diese für sich allein einen genügenden Aufhebungsgrund nicht abgeben würden, immerhin eine gewisse Eigenmächtigkeit und Rücksichtslosigkeit des klägerischen Gehilfen gegenüber seinem Prinzipale sich zu erkennen gibt, durch welche die Bedeutung der entscheidenden Thatsachen unter Ziff. 4 noch erhöht wird.

Auch hat es der Gerichtshof nicht für unerläßlich erachtet, daß der Beklagte, wie dieser zwar behauptet, Kläger aber bestreitet, von jenen Thatsachen unter Ziff. 4 bereits zur Zeit der Entlassung seines Gehilfen Kenntniß gehabt habe, denn nicht sowohl auf die subjectiven Beweggründe des vom Vertrage zurücktretenden Theils, als auf den objectiven Vertragsbruch des seinerseits zuerst vertragswidrigen Gegencontrahenten kommt es an, und es würde offenbar gegen die guten Sitten verstoßen, den Kläger in dem Fortgenusse des Vertragsverhältnisses zu schützen, das seinerseits gebrochen zu haben, er einbekennen muß.

Endlich muß es — was übrigens von klägerischer Seite gar nicht beanstandet wurde — als ein Recht des durch den Vertragsbruch des andern Theils verletzten Contrahenten anerkannt werden, seinerseits sofort und auf eigene Gefahr von dem Vertragsverhältnisse zurückzutreten, ohne daß er die Ausübung der vom Gesetze ihm verliehenen Befugniß von einer vorgängigen Anrufung des Richters abhängig zu machen hätte.

Vergleiche die gerichtlichen Entscheidungen in F. B. Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, I. S. 278 ff., III. S. 248 ff., 457 ff., IX. S. 127. 386.

Ohne daß es hiernach einer Prüfung der weiter von den Partien vorgetragenen Thatsachen, beziehungsweise einer Beweisauflage bedurfte, und bezüglich der Kosten gemäß §. 170 der Pr.O. war, wie geschehen, zu erkennen.

Entscheidungsgründe
des Appellationssenats Mannheim.

Der Kläger ist durch das kreisgerichtliche Urtheil nicht beschwert, er gibt zu, daß er ohne Einwilligung des Beklagten einen ihm von Kaufmann Selisberger unter Uebersendung von Mustern ertheilten Auftrag zum Verkaufe von Cigarren angenommen und auf seiner letzten Reise 2000 Cigarren für Selisberger verkauft habe.

Nach Art. 62 des H.G.B. kann aber die Aufhebung des Dienstverhältnisses zwischen dem Handlungsgehilfen und seinem Prinzipale vor der bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden, und nach Art. 64 Ziff. 2 findet eine solche Aufhebung gegen den Handlungsgehilfen, insbesondere dann statt, wenn der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht.

Wenn auch die von dem Kläger verkaufte Quantität Cigarren nicht sehr bedeutend war und dem Beklagten noch kein wirklicher Nachtheil durch diesen Verkauf zuging, so steht dies der Anwendung der angeführten Gesetzesbestimmungen nicht entgegen. Die Vorschrift des Art. 64 Ziff. 2 des H.G.B. beruht nämlich darauf, daß es mit der Pflicht eines Handlungsgehilfen, seine ganze Sorgfalt dem Geschäftsbetriebe seines Prinzipales zuzuwenden und dessen Interesse wahrzunehmen, unvereinbar sein würde, wenn ihm gestattet wäre, ohne Erlaubniß des Prinzipals anderweite Handelsgeschäfte zu treiben.

Vergl. die preußischen Motive S. 30; von Hahn, Commentar zu dem Handelsgesetzbuche S. 152.

Mag nun auch der Verkauf einer kleineren Quantität Waaren für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten an sich noch nicht als eine erhebliche Verletzung jener Pflicht des Handlungsgehilfen erscheinen, so verhält es sich doch anders, wenn ein solcher Verkauf, wie im vorliegenden Falle, in Vollziehung eines Auftrags zum Absatze möglichst vieler Waaren geschah. Denn der Handlungsgehilfe, welcher einen derartigen Auftrag annimmt, gibt dadurch unzweideutig zu erkennen, daß er seine Sorgfalt nicht ausschließlich seinem Prinzipale zuzuwenden gedenkt, und gefährdet daher auch schon durch den erst begonnenen Vollzug des Auftrags das Interesse des Prinzipals in einer Weise, daß diesem nicht zugemuthet werden kann, das Dienstverhältniß fortzusetzen.

Die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe von der erwähnten Pflichtverletzung zur Zeit der Entlassung seines Dienstgehilfen noch keine Kenntniß gehabt, ist unerheblich. Denn weder der Prinzipal, noch der Handlungsgehilfe ist verpflichtet, die Gründe der verweigerten Fortsetzung des Dienstverhältnisses außergerichtlich anzugeben. Sie können die Fortsetzung einfach ver-

Digitized by Google

weigern und diese Verweigerung gilt als gerechtfertigt, wenn zur Zeit derselben ein gesetzlicher Grund zur Aufhebung des Dienstverhältnisses wirklich vorhanden war.

Die Bestimmungen der Art. 62—64 des H.G.B sind auch nicht, wie der Kläger unterstellt, dahin auszulegen, daß der Aufhebung des Vertrages ein richterliches Verfahren vorausgehen müsse. Diese Gesetzesstellen handeln vielmehr nur von den Gründen, aus welchen die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit rechtlich statthaft ist und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann jeder Theil, sofern er glaubt, daß solche Gründe vorhanden seien, auf seine Gefahr zurücktreten und es der Gegenpartei überlassen, eine richterliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Vertragsaufhebung herbeiführen.

Vergl Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. IX. S. 127. 128.

Es mußte schon hierauf mit Hinsicht auf die §§. 169 und ff. der Pr.O., wie geschehen, erkannt werden, ohne daß es einer Erörterung der übrigen von dem Beklagten vorgetragenen Entlassungsgründe bedurfte.

Dr. Puchelt.

139.

Wiesen, die nicht unmittelbar an den Fluß oder Bach anstoßen, aber mit unmittelbaren Anstößern in einem Wässerungsverbande stehen, können das Recht zum Bezug des Wassers behufs der Wässerung jedenfalls durch 30jährige Ersitzung erwerben.

Erfordernisse zur Begründung eines ausschließlichen Rechts auf die Wasserbenützung, beziehungsweise eines Vorrechtes.

Bedeutung von sogenannten Wässerungsverboten der Verwaltungsbehörden; ebenso Einfluß vom Müller selbst vorgenommener vorübergehender Absperrungen der Wasserleitung der Wiesenbesitzer.

Theilung des Wassers bei concurrirenden Rechten. L.R.S. 645.

Man vergl. Annalen XXVIII. S. 141 ff., XXXIII. S. 290.

In Sachen

der Elzwässerungsgenossenschaft in Wasser, Theningen, Emmendingen und Niederemmendingen, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin,

gegen

den Müller Friedrich Meyer in Theningen, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Wasserbenutzungsrecht betreffend,

enthalten die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 21. Juni 1869 über obige Punkte das Nachstehende:

Daß auch nicht unmittelbar an ein fließendes Wasser anstoßende Wiesenbesitzer das Recht zur Benützung dieses Wassers zur Wässerung durch den Titel der Ersitzung erwerben können, unterliegt keinem Zweifel.

Man vergl. Pardessus des servitudes nro. 110.

Dalloz Rep. XI. servitude nro. 208 p. 105.

Ebenso steht aber auch fest, daß der Beweis der 30jährigen Ersitzung, vom Jahr 1857 zurückgerechnet, auf das deßfalls in II. Instanz erlassene Beweiserkenntniß von den Klägern vollständig geführt worden ist. Der Beweis liegt einestheils schon in dem Bestehen der diese Wiesenwässerung vermittelnden Einrichtungen, welche nach den beigebrachten urkundlichen Nachweisen in das vorige Jahrhundert und noch weiter zurückreichen, und anderntheils in den Aussagen der abgehörten Zeugen, durch welche namentlich bestätigt ist, daß sämmtliche in Frage stehenden Wiesen von jeher an den Wasserbezügen vermittelst der Wasserleitungsgräben Theil nahmen. Es wird sich hierüber auf die näheren Ausführungen in den Entscheidungsgründen des zweitinstanzlichen Urtheils bezogen.

Seinerseits hat dagegen der beklagte Mühlenbesitzer ein Recht, das Elzwasser bis zur Befriedigung des Bedarfs seiner Mühle vorzugsweise vor den Wiesenbesitzern beziehen, und die Letzteren nöthigenfalls insolange hievon ausschließen zu dürfen, — nicht zu erweisen vermocht. Die von ihm angerufene landesfürstliche Entscheidung vom 24. Mai 1778 und die dort enthaltenen Anführungen aus dem vorangegangenen Vergleiche zwischen der Reinhard'schen Mühle zu Theningen und der Gemeinde daselbst vom 1. März 1771, welcher Vergleich selbst nicht beigebracht worden ist, — weisen für des Beklagten Mühle kein Recht in solcher Ausdehnung nach. Es ergibt sich aus jener Urkunde nur, daß der Mühlebesitzer auf die Benützung des Elzwassers und des durch die Einlaßschleuße bei dem Orte

Digitized by Google

Waſſer zunächſt zur Wieſenbewäſſerung eingeleiteten Waſſers neben den Wieſenbeſitzern angewieſen war. Dies genügt aber nicht zur Begründung eines die Wieſenbeſitzer zeitweiſe gänzlich ausſchließenden Vorrechtes, ſondern dieſes müßte in der Eigenſchaft einer Dienſtgerechtigkeit in beſtimmter Weiſe nachgewieſen werden.

Man vergleiche Annalen der bad. Gerichte XXVIII. (1862) S. 144—146, XXXIII. (1867) S. 290,
Demolombe cours de droit civ. servit. zu art. 644 nro. 32 und
Dalloz Rep. XL. servit. nro. 210.

Wenn ſich der Beklagte auf die, auf ſein Betreiben mehrmals von der Verwaltungsbehörde in waſſerklemmen Zeiten gegen die Wieſenbeſitzer und zu Gunſten des Mühlebetriebs erlaſſenen, Wäſſerungsverbote beruft, ſo iſt das in die maaßgebende Erſitzungsperiode fallende Verbot vom Jahr 1842 von der betreffenden Verwaltungsbehörde ſelbſt wieder aufgehoben, und jenes vom Jahr 1854 nicht gehörig an die Kläger zugeſtellt worden, auch nicht zum Vollzug gekommen, daher es in ſofern keiner näheren Erörterung darüber bedarf, welchen Charakter ſolche von der Verwaltungsbehörde ergangenen Wäſſerungsverbote hatten, und welche Bedeutung derſelben für das civilrechtliche Verhältniß zwiſchen den Streitparteien zukomme. *)

Was aber die vom Beklagten behaupteten und auch von den Zeugen angegebenen Handlungen des beklagten Mühlebeſitzers ſelbſt, beziehungsweiſe ſeines Vorfahrers betrifft, wonach ſie ſich in waſſerklemmen Zeiten das Elzwaſſer unter Ausſchluß der Wieſenbeſitzer zugeleitet oder zuzuleiten unternommen haben, und worauf jeweils die Wieſenbeſitzer die desfallſigen Vorkehrungen wieder beſeitigt und das Waſſer den Wieſen zugeleitet haben ſollen: ſo könnten ſolche Vorgänge dann in Betracht kommen, wenn die Wieſenbeſitzer für ſich ein vorzugsweiſes, beziehungsweiſe ausſchließendes Recht auf das Waſſer anſprechen würden; da aber von ihnen nur mehr ein mit der Berechtigung des Müllers concurrirendes Recht angeſprochen wird, ſo könnten jene Vorgänge der Erſitzung eines ſolchen Rechtes den Wieſenbeſitzern nicht entgegengehalten werden, indem dieſelben vielmehr nur zeigen, daß ungeachtet des Nebeneinanderbeſtehens jener beiden Rechte über die Art, wie ſich die beiderlei Berechtigten in das ihnen gemeinſchaftlich zuſtehende Waſſer zu theilen hatten, keine feſte Norm getroffen war. Bei dieſer Sachlage, wo das Recht auch den nicht unmittelbar am Ufer liegenden Wieſen auf den Bezug des Waſſers jedenfalls durch Erſitzung erworben erſcheint, kommt es auf die Erörterung der weitern Fragen nicht an, ob dieſe Wieſen auch ſchon nach dem Geſetz L.R.S. 644 unter den vorliegenden Umſtänden und da ſie mit den an das Ufer anſtoßenden Wieſen in einem Wäſſerungsverbande ſtehen, — jenes Recht in Anſpruch nehmen könnten.

Da übrigens nach der gegenwärtigen Entſcheidung dem Müller nur das von ihm angeſprochene vorzugsweiſe, beziehungsweiſe ausſchließliche Recht auf das Waſſer aberkannt, von den klägeriſchen Wieſenbeſitzern aber ein ſolches vorzugsweiſes Recht für ſich nicht mehr in Anſpruch genommen iſt, alſo das Recht des einen neben dem Rechte der andern beſteht, ſo muß für die Fälle, wo die Waſſermaſſe nicht zur Befriedigung des beiderſeitigen Bedarfs ausreicht, den Betheiligten überlaſſen bleiben, gemäß L.R.S. 645 und den §§. 11 und 12 der Mühlenordnung vom 18. März 1822 eine Theilung, beziehungsweiſe Ordnung der Waſſerbenützung bei der zuſtändigen Behörde zu erwirken, und es kann die gegenwärtige Entſcheidung auch auf die Geltung der in dieſer Beziehung von den Verwaltungsbehörden erlaſſenen Anordnungen keinen Einfluß äußern.

Betzinger.

---

*) Waſſerbezüge, die auf Grund polizeilicher Verfügung geſchehen, kommen für das civilrechtliche Verhältniß der Betheiligten unter ſich wohl nur in der Eigenſchaft von Beſitzhandlungen in Betracht, und können deßhalb nur dann von Gewicht ſein, wenn ſie auf Grund eines angeblichen Rechtes des Impetranten erlaſſen wurden, und der Gegentheil ſich bei dem hierauf erfolgten Waſſerbezug beruhigte, nicht aber, wenn etwa das Wäſſerungsverbot nur wegen eines vorübergehenden Nothſtandes, und abgeſehen von der Frage, ob der Müller eigentlich ein Recht zu dem Waſſerbezug hätte, kraft des jus eminens erlaſſen war.

Die vorwürfigen Verfügungen der Verwaltungsbehörden waren übrigens meiſtens keine eigentlichen Wäſſerungsverbote, welche die Wieſenbeſitzer wenigſtens für eine beſtimmte Zeit gänzlich von dem Waſſerbezug ausſchließen wollten, ſondern nur eine nach Bezugszeiten (Wochentagen) getroffene Theilung des Waſſers zwiſchen dem Müller und den Wieſenbeſitzern, und unterſtellten daher nur ein mit dem Recht der Wieſenbeſitzer concurrirendes Recht des Müllers.

Unter den Verwaltungsbehörden beſtand übrigens auch Zweifel, ob jene Anordnungen bloße Polizeiverfügungen oder verwaltungsgerichtliche Erkenntniſſe ſeien.

Digitized by Google

140.

Zur Strafrechtspflege.

XXIV.

Fall der Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens, die Feststellung des Thatbestandes der Tödtung betreffend, in der Voruntersuchung und in der Hauptverhandlung. Ordnungswidrige Vorlesung eines nicht gesetzmäßigen Gutachtens.

Str.P.O. §. 373 Ziff. 3, §. 86, auch §. 85, §. 94, §. 96, §. 254, §. 306 Abs. 2.

In der bei dem Kreisgericht Mosbach verhandelten und abgeurtheilten Strafsache gegen Joseph Haag von Haßmersheim wegen fährlässiger Tödtung, erging auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verurtheilten am 18. September 1869 ein oberhofgerichtliches Erkenntniß, das in Beziehung auf die Frage, welche Verletzungen wesentlicher Prozeßvorschriften als Verletzungen solcher Vorschriften bei der Hauptverhandlung oder Urtheilsfällung anzusehen sind, von besonderer Bedeutung ist.

Bei dem gerichtlichen Verfahren überhaupt kamen in dem erwähnten Falle erhebliche Verstöße gegen die Vorschriften des Gesetzes vor. Dies konnte von keiner Seite verkannt werden.

Nach Inhalt der Acten und der Darlegung in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen wurden nämlich in dieser Sache, in welcher eine Tödtung, wenn auch nur aus Fahrlässigkeit, in Frage stand, weder eine Leichenschau, noch Leichenöffnung vorgenommen (Str.G.B. §. 94 Dienstweisung für Gerichtsärzte §. 17), die Beiziehung der beiden Gerichtsärzte, oder auch nur eines derselben, fand gar nicht Statt (Str.G.B. §. 85), ohne daß in der ersten wie in der zweiten Hinsicht festgestellt wurde, daß und in wie fern einer der gesetzlichen Gründe, welche eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel [1]) zu begründen vermögen, hier vorhanden erschienen; dagegen wurde im Vorverfahren der praktische Arzt Westermann als Sachverständiger allein ohne Beiziehung eines Gerichtsarztes oder anderer Sachverständiger gutachtlich vernommen, obwohl derselbe der behandelnde Arzt war, was dem in Str.P.O. §. 96 Abs. 2 angenommenen Grundsatz widerstritt, und überdies wurde dieser Sachverständige nicht nach Vorschrift des §. 86 der Str.P.O. vor Beginn des Geschäftes beeidigt, die Beeidigung desselben als Sachverständiger vielmehr gänzlich unterlassen; er wurde gar nicht als solcher zur Hauptverhandlung vorgeladen und in letzterer nicht mündlich vernommen, wie das Gesetz (dem Grundsatz der Mündlichkeit gemäß) verlangt und voraussetzt (Str.P.O. §. 234 ff.); auch wurde, da er in der Hauptverhandlung nur als Entlastungszeuge auf Vorschlag des Angeklagten abgehört und als Zeuge eidlich verpflichtet wurde, die Beeidigung desselben als Sachverständiger auch in der Tagfahrt nicht nachgeholt, sondern nur das schriftliche Gutachten des unbeeidigten, nicht ordnungsmäßig bestellten Sachverständigen vorgelesen, was nach dem System der Str.P.O. (§. 306 Absatz 2 in Vergleichung mit §. 217. 218. 254) der gesetzlichen Ordnung schon an sich, auch abgesehen von den bezeichneten besonderen Mängeln nicht entsprach, obgleich der §. 238. 240 der Str.P.O. dem Vorsitzenden und dem Gerichtshof hinsichtlich der Vorlesung von einzelnen Aktenstücken ein freieres Ermessen einräumt.

Da nach der hier maßgebenden Bestimmung der Ziffer 3 des §. 373 der Str.P.O. nicht jederlei Gesetzesverletzungen, sondern nur solche als Nichtigkeitsgründe gelten können, welche als Verletzungen wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bei der Hauptverhandlung oder Urtheilsfällung sich darstellen, so handelte es sich bei der Würdigung der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde vorzüglich um die Frage, ob die angeführten Verstöße, und in wie weit, als Verletzungen der bezeichneten Art angesehen werden können, eine Frage, deren befriedigende Lösung bei der beschränkenden Fassung des genannten §. 373 Schwierigkeiten darbot.

Gegenüber einer theilweise abweichenden Auffassung [2])

[1]) Nach den Umständen konnte etwa einer der im ersten Absatz des §. 94 der Str.P.O. vorgesehenen Gründe, welche die Umgehung der Wiederausgrabung der Leiche rechtfertigen, im vorliegenden Falle zutreffen. Indeß fehlte jede nähere Feststellung hierüber. Aehnlich verhielt sich die Sache auch in Bezug auf die Vorschriften des §. 85 der Str.P.O. Das Untersuchungsgericht beschränkte sich darauf, eine Erklärung des Bezirksarztes zu veranlassen, ob ihm etwas von der am 30. April 1869 Statt gehabten Verletzung des verstorbenen Georg Herrmann bekannt geworden sei, was der Gerichtsarzt sodann in der Eingabe vom 10. Juni d. J. einfach verneinte.

[2]) Die Bedenken der Gegenansicht stützten sich vorzüglich darauf, daß nach badischem Strafprozeßrecht das Gericht die gesammte Beweisfrage, Thatbestand und Thäterschaft, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, ohne an irgend welche Beweisgesetze gebunden zu sein, daß allartige Mängel und Verstöße im Vorverfahren geeigneten

Digitized by Google

entschied sich der oberste Gerichthof in dem aus den Entscheidungsgründen näher zu entnehmenden Maaße für die Bejahung dieser Frage.

Er ging nämlich bei seinem Erkenntniß (wodurch nach Begehren das angefochtene Urtheil aufgehoben und die Sache zu nochmaliger Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer gewiesen wurde) von folgenden Erwägungen aus:

Zwar läßt sich nicht verkennen, daß die fraglichen, oben aufgeführten Verstöße, zum Theil schon in der Voruntersuchung Statt fanden oder ihren Anfang nahmen, und es hat der Angeklagte seiner Zeit eine Beschwerdeführung nicht ergriffen, auch seinerseits die Vorladung und gehörige mündliche Vernehmung von Sachverständigen, sowie die Beeidigung derselben, beziehungsweise des praktischen Arztes Westermann, weder vor noch in der Hauptverhandlung beantragt. Allein allgesehen davon, daß er von der unterlassenen Beeidigung Westermanns als Sachverständiger unter den vorliegenden Verhältnissen früher nicht wohl Kenntniß erlangen konnte, indem er über dessen Bestellung gar nicht gehört wurde (§. 85 Abs. 3 der Str.Pr.O.), so ist hier jedenfalls eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens im Sinne des §. 373 Ziff. 3 der Str.Pr.O. auch bei der in Frage stehenden Hauptverhandlung und auf Seite des urtheilenden Gerichtshofes als vorhanden anzunehmen.

Zur Herstellung des sachlichen Thatbestandes einer Tödtung sind nämlich im Gesetz (Str.Pr.O. §. 94 ff. verglichen mit §. 85, und Dienstweisung für Gerichtsärzte §. 17 ff.) bestimmte sichernde Formen vorgeschrieben, welche als unbedingt wesentliche Förmlichkeiten zu betrachten sind und eine nothwendige Grundlage für die Rechtsbeständigkeit des ganzen Verfahrens bilden, so daß die Einhaltung derselben im Wesentlichen selbst durch Verzicht des Angeklagten nicht entbehrlich gemacht werden kann.[3])

Soweit es sich um Kenntnisse handelt, die außer dem Kreise des berufsmäßigen Wissens des Richters liegen (ein Fall, der hier unzweifelhaft vorliegt), sind nach Str.P.O. §. 85 Sachverständige beizuziehen, und es kann und darf der urtheilende Richter nicht für sich allein, ohne gesetzmäßiges Gutachten der Sachverständigen, sein Strafurtheil geben.[4])

Wenn daher in dem gegenwärtigen Falle die bezüglichen Vorschriften des Gesetzes in obiger Weise völlig mißachtet wurden, so lag es nicht nur im Recht, sondern entschieden auch in der Pflicht des urtheilenden Gerichts, vor Fällung seines schuldig sprechenden Urtheils die Nachholung des Erforderlichen zu bewirken. Die Vorlesung des ungesetzlichen Gutachtens konnte den vorhandenen Mangel in keiner Weise ersetzen. In sofern hier ein unbeeidigter Sachverständiger, zugleich in ordnungswidriger Form (blos schriftlich) vernommen wurde, liegt hier ein wesentlicher Verstoß gegen die Vorschriften des Verfahrens auch in der Hauptverhandlung vor.[5])

Falls vorher durch Beschwerdeführung anzufechten sind, im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde des §. 373 der Str.P.O. dagegen (abgesehen von der besonderen Ausnahme der Ziff. 2) nicht mehr geltend gemacht werden können, und daß auch die einfache Verlesung des schriftlichen Gutachtens, die schon im Beweisungsantrag vorgeschlagen worden, von keiner Seite, weder früher, noch später in der Hauptverhandlung, beanstandet worden war, während der § 240 der Str.P.O. in Vergleichung mit §. 230 dem Vorsitzenden und dem Gerichtshof in Bezug auf Verlesung von Aktenstücken ein freies Ermessen zugesteht.

Man kann die Grundsätze, worauf die fraglichen Bedenken beruhen, im Wesentlichen anerkennen, und gleichwohl zu dem vom obersten Gerichtshof angenommenen Ergebniß gelangen, wenn man den in Anmerkung 5 unten hervorgehobenen Gesichtspunkt näher in Betracht zieht.

[3]) Zu den unbedingt wesentlichen Förmlichkeiten ist z. B. die Beeidigung der Zeugen zu zählen, ein Verzicht auf solche ist nicht zulässig und wirksam. Vergl. Oppenhoff in dem in den Urtheilsgründen angeführten Werk, zu §. 55 der Verordnung, Bemerkung 24. 29. 30.

[4]) Der angeführte Satz dürfte doch nicht ohne Beschränkung als richtig anzuerkennen sein.

[5]) Dieser Gesichtspunkt erscheint für die Frage der Richtigkeit von vorzüglicher, entscheidender Bedeutung. Durch die Verlesung und Benützung des gesetzwidrigen Gutachtens in der Hauptverhandlung zur Feststellung des sachlichen Thatbestandes wurde dieses Gutachten mit den ihm anhaftenden wesentlichen Mängeln der Erhebung und Aufnahme ein wesentlicher Bestandtheil der Hauptverhandlung selbst, die fraglichen Mängel sind daher auch als Verletzungen wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bei der Hauptverhandlung zu betrachten.

Vergl. Oppenhoff an dem in den Urtheilsgründen angeführten Orte zu §. 43 der Verordnung, Bemerkung 4 und 5.

Die bloße Verlesung eines schriftlichen Gutachtens ohne mündliche Vernehmung eines Sachverständigen würde zwar als dem Grundsatz der Mündlichkeit (Unmittelbarkeit) in seiner im jetzigen Strafprozeßgesetz angenommenen strengen Durchführung (Str.P.O. §. 6, §. 217—220, §. 231. 235. 254. 274. 306) nicht entsprechend, immerhin als ordnungswidrig erscheinen, für sich allein aber zur Begründung der Nichtigkeit doch wohl nicht genügen. (Bekannt

Digitized by Google

Als ein blos die Beweisfrage berührender Fehler des erkennenden Gerichtes bei der Urtheilsfällung, als ein Punkt, welcher lediglich der freien richterlichen Ueberzeugung nach Str.P.O. §. 6 Abs. 2 überlassen bleiben mußte, kann die nachgewiesene Verletzung der Gesetze nicht angesehen werden, da jene Ueberzeugung auf die von dem Gerichte ordnungsmäßig vorgenommene Verhandlung sich stützen muß, als solche aber nur diejenige angesehen werden kann, wobei die wesentlichen Vorschriften des Verfahrens beobachtet worden sind; die Verletzung der Letztern ist aber im vorliegenden Falle, wo der Tod nur in Folge der besonderen Leibesbeschaffenheit des Verletzten herbeigeführt worden sein soll, von um so erheblicherer Bedeutung, als noch andere, wenn auch für sich keine Nichtigkeitsgründe darbietenden, Gesetzesverletzungen dabei zusammentrafen.

Vergl. in Bezug auf die obigen Grundsätze Oppenhoff die preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen, zu Art. 108 des Gesetzes von 1852 Bemerkung 6. 9. 11. 13, auch zu §. 43 der Verordnung von 1849 Bemerkung 4. 5.*)

Aus den bisher angeführten Erwägungsgründen gab der oberste Gerichtshof das bereits erwähnte Erkenntniß.

Es verdient noch bemerkt zu werden, daß bei der oberhofgerichtlichen Verhandlung der Vertreter der Staatsanwaltschaft selbst sich für die Richtigkeit des Verfahrens in einer Richtung ausgesprochen hatte.

E. Brauer.

141.

1) Die in §. 137 der Dienstweisung für Vollstreckungsbeamte (Reggsbl. 1851 No. 67) angeordnete, vierte Bekanntmachung der Versteigerung mittelst der Schelle ist keine nothwendige Förmlichkeit und deren Unterlassung erzeugt keine Nichtigkeit.
2) Wenn der Steigerer einen anderen Steigerungsliebhaber durch Zusage von Vortheilen vom Mitbieten oder Weiterbieten abhält, so macht dies die Versteigerung nicht ungiltig.
3) Der Streitwerth für die Klage auf Nichtigkeit einer Versteigerung wird durch den Werth des Steigerungsobjectes bestimmt.
4) Kann der durch den Mindererlös der Versteigerung benachtheiligte Gläubiger oder Eigenthümer von jenem Steigerer (Ziff. 2) Entschädigung verlangen?

Die beiden ersten Sätze hat das Kreisgericht Heidelberg in seinem Urtheile vom 17. Oktober 1868 In Sachen Klingel gegen Wagner angenommen, und fand der erstere auch die Billigung des großh. Appellationssenats Mannheim und des Oberhofgerichts. Es besagen hierüber die kreisgerichtlichen, auch das Thatsächliche genügend enthaltenden

Entscheidungsgründe:

Bei einer vom Kläger gegen die Jakob Bernauers Kinder in Schönau wegen einer Zinsforderung aus Darleben erwirkten Liegenschaftsversteigerung, welche am 11. Juli d. J. vollzogen wurde, war die nach §. 137 der Vollstreckungsordnung vorgeschriebene vierte Verkündigung durch die Schelle am Tage der Versteigerung unterblieben, indem sie nach der bei den Vollstreckungsakten befindlichen Beurkundung schon am vorhergehenden Tage, nämlich am Abend des 10. Juli d. J., geschehen war.

Gestützt auf diesen formellen Mangel bestreitet der Kläger, der wegen des Mindererlöses der versteigerten und zu 3000 fl. geschätzten Liegenschaft, von 1500 fl. mit einem Theil seiner Forderung in Verlust geräth, die Rechtsgiltigkeit der Vollstreckungsaktes.

Der klägerische Anwalt hat außerdem in der Verhandlung einen weiteren Klaggrund sich angeeignet, der in der heute verhandelten Streitsache der Jakob Bernauerschen Kinder in Schönau gegen denselben Beklagten, Nichtigkeit einer Vollstreckung betreffend, dahin vorgetragen wurde, daß der Beklagte während der Versteige-

---

ist der Streit, der sich über die betreffende Frage erhoben hat, vergleiche Annalen Band 34 S. 194. 195. 198 Note. Die Ausdehnung der Bestimmung des §. 306 Abs. 2 der Str.P.O. kam jüngst auch im Kreise der Gesetzgebung in Anregung.) Dagegen fällt auf den Umstand, daß das Gutachten an sich bezüglich der Art seiner Erhebung in wesentlichen Punkten ein gesetzwidriges war, ein bedeutendes und entscheidendes Gewicht.

*) Vrgl. hiermit die nämliche Schrift zu §. 22 der Verordnung, Bem. 5, ferner Art. 25 des Gesetzes und Bem. 1—4. 6. 7 und 11, auch §. 43, Bem. 13. 15. ff. 21. Siehe auch Annalen Bd. 35 S. 5.

Digitized by Google

rung mit Friedrich Scheid von Schönau, welcher beabsichtigt habe, bis zu 1800 fl. mitzubieten, ein Uebereinkommen abgeschlossen, in welchem er sich verpflichtete, Letzterem den Betrag seiner Forderung an die Bernauer'schen Kinder von 54 fl. zu bezahlen, wenn er vom Bieten abstehe, und nicht für einen anwesenden ausländischen Steigliebhaber als Bürge eintrete.

Der geltend gemachte formelle Mangel kann indessen als ein wesentlicher nicht erachtet werden. Sowohl §. 938 der Pr.O. als auch L.R.S. 459, welcher die Zahl der Verkündungen bei Veräußerung von Liegenschaften Minderjähriger bestimmt, verlangen nur eine dreimalige Ankündigung der Versteigerung in der am Ort hergebrachten oder durch Verordnungen angeordneten Weise.

Indem die §§. 938 und 986 der Pr.O. die Art der Verkündung dem Verordnungswege überließen, war damit nicht die Abänderung der in §. 938 bestimmten Zahl der Verkündungen durch Verordnungen vorgesehen, sondern die Art der Vornahme dieser drei Verkündungen den Anordnungen der Vollzugsbehörden anheim gestellt worden.

Der Zweck der gesetzlichen Bestimmung, eine genügende Verbreitung des Versteigerungsvorhabens und Tages zu bewirken, ist demnach mit einer dreimaligen Verkündung erreicht, und wenn Absatz 3 des §. 137 der Vollstreckungsordnung aus besonderer Fürsorge am Tage der Versteigerung eine nochmalige Verkündung durch die Schelle anordnet, so ist diese Bestimmung zwar zweckentsprechend, allein weil im Gesetze nicht vorgesehen, nicht wesentlich, und bei ihrer Unterlassung die Nichtigkeit nicht nach sich ziehend.

Diese Auslegung ist auch in der Fassung des §. 137 angedeutet. Die gebietende Verfügung des Gesetzes zu dreimaliger Verkündung, hat in dem zweiten Absatz durch das Wort „müssen" ihren Ausdruck gefunden, und diesem Gebot ist der dritte Absatz wegen einer vierten Verkündung am Tage der Versteigerung angehängt, der, indem er mit den Worten „außerdem ist" beginnt, schon ausspricht, daß etwas angeordnet wird, was über das bestimmte Gebot des Gesetzes hinausgeht.

Damit fällt der erste Klagegrund und eine weitere Erörterung der in der Verhandlung geltend gemachten Fragen, ob in Folge der Nichtverkündung am Steigerungstage weniger Steigerer sich einfanden, und ob die Uebung statthaft ist, die vierte Verkündung des §. 137 der V.O. am Abend vor dem Versteigerungstage vorzunehmen, ist nicht mehr nöthig.

Was den zweiten Klaggrund anbelangt, so kann ein solches Uebereinkommen, wenn es stattgefunden hat, was beklagterseits aber widersprochen wird, eine Nichtigkeit des Vollstreckungsaktes nicht nach sich ziehen. Es ist dies ein Vorgang zwischen Dritten, der sich der Controle des Vollstreckungsbeamten entzieht, nicht verhindert werden kann, und nur dann von rechtlicher Erheblichkeit wäre, wenn darin ein Betrug gegen die Betheiligten läge, dessen Voraussetzungen die vom Kläger vorgetragenen Thatsachen in keiner Richtung enthalten.

—. Der zweite Anfechtungsgrund wurde in der heutigen mündlichen Verhandlung nicht mehr geltend gemacht und kommt deßhalb nach §. 996 vergl. mit §. 1136 der Pr.O. nicht weiter in Betracht.

Das die Klage abweisende kreisgerichtliche Urtheil muß deßhalb lediglich bestätigt werden.

Durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 6. Juli l. J. wurden die Urtheile der beiden Vorderinstanzen bestätigt, und ist in den Entscheidungsgründen die bestrittene Zulässigkeit der Oberberufung folgendermaaßen gerechtfertigt: Die von dem Kläger ergriffene Oberappellation kann nun zunächst nicht, wie von Seiten des Beklagten, Oberappellaten, entgegengehalten werden will, schon als wegen Mangels der Oberappellationssumme von 1000 fl. unstatthaft betrachtet werden, denn das auf Richtigkeitserklärung der Versteigerung gerichtete Klaggesuch ergreift selbstverständlich das ganze Versteigerungsobject, und dieses bildet daher im Sinne des §. 15 und 1105 der Pr.O. den Streitgegenstand des vorwürfigen Prozesses, wenn auch der Kläger bei Aufrechterhaltung der Versteigerung im Grunde nicht um den ganzen Betrag des Streitobjectes beschädigt sein sollte. Die singulären Bestimmungen in §. 15 Ziff. 2 und 1105 Ziff. 4 der Pr.O. lassen nach bekannten Rechtsgrundsätzen keine ausdehnende Auslegung zu.

Nun ist aber das Versteigerungsobject zu 1500 fl. versteigert und früher anerkanntermaßen zu 2850 fl. angeschlagen worden, so daß also die Appellationssumme vorhanden ist.

Bezüglich des fraglichen Anfechtungsgrundes stimmen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe mit jenem der beiden Vorderinstanzen überein, und wird nur am Schlusse der neue Gesichtspunkt hervorgehoben, daß das

Digitized by Google

maaßgebende Geſetz, die Pr.O. auf Vornahme einer Verkündigung am Verſteigerungstage für Liegenſchaften keinen Werth lege, weil dies nur für Fahrnißverſteigerungen in Pr.O. §. 895 vorgeſchrieben iſt. Auch wird bemerkt, daß, ſelbſt wenn man den §. 137 der Vollſtreckungsordnung für maßgebend anſehen könnte, die Verſteigerung dennoch nach L.R.S. 6k aufrecht zu halten wäre, weil durch die Vornahme der Verkündung am Vorabend der Verſteigerung jener Vorſchrift im Weſentlichen genügt wäre.

Auf Berufung des Klägers beſtätigte mit Urtheil vom 6. Juli 1869 der Appellationsſenat Mannheim das obige Urtheil aus folgenden

Entſcheidungsgründen:

Indem rückſichtlich des Thatſächlichen auf die Entſcheidungsgründe zu dem Urtheile des großh. Kreisgerichts Heidelberg, Civilkammer, vom 17. Oktober v. J. verwieſen wird, werden dieſe Gründe hinſichtlich des erſten der gegen die Zwangsverſteigerung vom 11. Juli v. J. von den Klägern, Appellanten, vorgetragenen Anfechtungsgründe auch diesſeits adoptirt, und denſelben nur beigefügt, daß an den hier maßgebenden Beſtimmungen des §. 938 der Pr.O. weder das Geſetz über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 28. Mai 1864, noch die Geſchäftsordnung für die Notare irgend etwas geändert haben. Das erſtere behält nämlich im §. 84 nur die Erlaſſung der von den Notaren zu befolgenden Geſchäftsordnung im Wege der Verordnung vor, und dieſe Geſchäftsordnung ſelbſt, ohnedies nicht geeignet und nicht beſtimmt, ein Geſetz, die Pr.O., abzuändern, verweiſt in ihrem §. 161 hinſichtlich des Verfahrens bei Verſteigerungen überhaupt und in ihrem §. 92, auf welchen §. 161 ſich zurückbezieht, ſpeziell hinſichtlich der Zwangsverſteigerungen auf die Dienſtordnung für die Vollſtreckungsbeamten vom 21. November 1851 (Reggsbl. No. 67), daß aber letztere im §. 157 das Geſetz, den eine nur dreimalige Verkündigung in der Gemeinde nach Ortsgebrauch oder beſonderen Verordnungen — nicht nothwendig eine vierte und zwar eine am Verſteigerungstage ſelbſt vorzunehmende — vorſchreibenden §. 938 der Pr.O., nicht abgeändert hat und nicht abändern konnte, d. h. daß die darin angeordnete vierte, am Verſteigerungstage vorzunehmende Verkündung durch die Schelle nicht weſentlich, ihre Unterlaſſung daher kein Nichtigkeitsgrund iſt, wurde in den kreisgerichtlichen Entſcheidungsgründen genügend ausgeführt.

Dem in klaren Ausdrücken erlaſſenen, und durch ſeine Verkündigung in den Jahren 1851 und 1864, wenn auch in der unveränderten Faſſung der Redaktion des (damaligen) §. 1043 der Pr.O. von 1831, das neuere Geſetz enthaltenden §. 938 gegenüber, welcher bei der Klarheit ſeiner Ausdrücke einer Ergänzung oder Erläuterung überall nicht bedarf, kann aber auch die in Abſatz 3 des §. 3 der landesherrlichen Verordnung vom 22. Februar 1850 „die öffentliche Bekanntmachung obrigkeitlicher Verſteigerungen betreffend" enthaltene Beſtimmung eine Anwendung nicht mehr finden.

In dieſem Prozeſſe kam der zweite Anfechtungsgrund auch in der dritten Inſtanz nicht mehr zur Sprache; dagegen geſchah dies in dem ſonſt ganz gleichen Prozeſſe Bernauer's Kinder gegen Wagner, in welchem er jedoch von dem oberſten Gerichtshofe mit Urtheil vom 6. Juli 1869 verworfen wurde, und es beſagen die

Oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe.

Als zweiter Anfechtungsgrund war ſodann geltend gemacht, daß der beklagte Steigerer den zur Steigerung ebenfalls erſchienenen Friedrich Scheid dadurch vom Bieten abgehalten habe, daß er hiebei dem Letzteren die Uebernahme der 54 fl., welche Scheid an die Bernauer'ſchen Kinder zu fordern hatte, zugeſichert habe. Und durch eben dieſe Zuſicherung habe er den Friedrich Scheid auch davon abgehalten, die für den weiter erſchienenen ausländiſchen Steigerungsliebhaber Lauer nöthige Bürgſchaft zu leiſten. Abgeſehen nun von dem Beweis dieſes von beklagter Seite widerſprochenen Vorbringens, und abgeſehen von der Frage, ob dieſer Anfechtungsgrund als aufgegeben zu betrachten ſei, weil derſelbe, wie in den Entſcheidungsgründen des Appellationsſenats angeführt wird, bei der dortigen mündlichen Verhandlung nicht wieder ausdrücklich geltend gemacht worden war: erſcheint derſelbe an ſich, wie ſchon das Erſtinſtanzgericht angenommen hat, nicht von rechtlicher Bedeutung. Denn, wenn es auch richtig iſt, daß der betriebene Schuldner, deſſen Liegenſchaft zur Zwangsverſteigerung ausgeſetzt iſt, dadurch Nachtheil leiden kann, wenn Jemand das Bieten unterläßt, ſo hat er eben doch keinen Rechtsanſpruch auf ein ſolches thätiges Vorgehen dieſes Dritten, und nur wenn der beklagte Steigerer andere Steigerungsliebhaber durch Zwang, betrügliche Vorſpie-

Digitized by Google

gelungen und dergl. gegen deren eigentliche Intention vom Mitbieten abgehalten, oder solche Vorkehrungen getroffen hätte, welche geeignet gewesen wären, die Concurrenz bei der öffentlichen Versteigerung in erheblicher Weise abzuschneiden und so deren eigentlichen Zweck zu vereiteln, könnte der hierdurch mittelbar beschädigte Versteigerer dies gegen den Beklagten als Grund zur Umstoßung des mit ihm zum Abschluß gekommenen Verkaufs- beziehungsweise Versteigerungsgeschäftes geltend machen.

Man vergl. v. Holzschuher, Theorie u. s. w. des gem. Civilrechts Bd. III. S. 750 zu Ziff. 4 und die dort angeführten Schriftsteller.

Ein solcher Fall ist aber hier nicht behauptet.

—. In einem Urtheile des Appelationsgerichtes Zweibrücken in Hilgard, Annalen der Rechtspflege in Rheinbaiern Bd. 1 S. 25 ist die entgegengesetzte Ansicht vertreten:

In Erwägung, daß eine Zwangsversteigerung nur in sofern Rechtsbestand haben kann, als die zu ihrer Wesenheit gehörigen Vorbedingungen, durch welche die Einwilligung des gepfändeten Theils ergänzt wird, erfüllt worden sind, daß hierzu insbesondere die freie und ungehinderte Concurrenz der Liebhaber gehört, und daß mithin da, wo letztere nicht stattgefunden hat, das Verfahren als in seinem wesentlichsten Erforderniße verletzt, keinen rechtlichen Erfolg haben kann;

In Erwägung, daß Appellat Massing die behauptete Nichtigkeit der in Frage stehenden Zwangsversteigerung darauf gründet, daß Bär (Steigerer und Appellant) die freie Concurrenz bei derselben dadurch gestört habe, daß durch ihn mittelst Versprechungen ein Hauptsteigliebhaber von dem weiteren Bieten abgehalten worden sei; daß diese Thatsache, sofern sie als erwiesen anzunehmen ist, nach dem Obigen die Nichtigkeit des Zuschlages nach sich ziehen würde; ꝛc.

Allein diese Ansicht läßt sich nicht rechtfertigen, da das Wesen der Versteigerung nicht aufgehoben ist, wenn nur ein einzelner Liebhaber abgehalten wurde; und soweit es sich nicht um eine gänzliche Aufhebung oder erhebliche Beschränkung der freien Concurrenz handelt, darf man bei einer Versteigerung nicht ängstlicher sein, als sonst im Verkehre, wo man es Niemand verübelt, wenn er möglichst billig zu kaufen sucht, dabei darf man wohl an den freilich sehr lazen Satz „in pretio emtionis venditionis naturaliter licere partibus so circumvenire und daran erinnern, daß es nicht zum Vortheile des Verkehrs und selbst der Versteigerungen gereichen würde, wenn man allzu streng gegen das Bestreben, sich von Concurrenten zu befreien, auftreten würde, wie es ja auch dem Versteigernden unverwehrt ist, auf Steigerung des Preises hinzuwirken, z. B. dadurch, daß er Andere zum Bieten veranlaßt.

Anders verhielte es sich aber, wie auch das großh. Oberhofgericht anerkennt, wenn die Ausschließung oder erhebliche Beschränkung der Concurrenz bewirkt worden ist, weil dann nur der Schein einer Versteigerung vorläge, und dies schiene mir z. B. dann der Fall zu sein, wenn der Erwerber den einzigen bei der Versteigerung erschienenen Liebhaber durch solche Mittel beseitigt hätte.

Die zuletzt aufgeworfene Frage, ob ein derartiges Benehmen dem Exequirten oder einem anderen Gläubiger das Recht auf Entschädigung geben würde, ist wenigstens nach badischem Rechte in gleicher Weise, wie jene wegen der Nichtigkeit zu beantworten; denn liegen deren Voraussetzungen nicht vor, so hat der Betreffende nichts Unrechtes gethan, während anderenfalls L.R.S. 1382 zur Anwendung kommt, da er dann „eine in sich erlaubte Unternehmung auf eine widerrechtliche Weise wissentlich verrichtet hat.“ L.R.S. 1382a. Anders verhält sich dies nach manchen Gesetzbüchern, die eine uns leider fehlende (Puchelt, Str.G.B. S. 705 Bem. 9) Strafbestimmung gegen gewisse Arten von Abwendigmachen der Steigerungsliebhaber enthalten, z. B. der franz. Code pénal Art. 412 bedroht mit 14 Tagen bis 3 Monaten Gefängniß und Geldstrafe von 100 bis 5000 frcs. Zwang, Drohungen und Abhalten von Steigliebhabern durch Geschenke oder Versprechungen; ebenso bestimmt das pr. Str.G.B. §. 270: Wer Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden vorgenommenen Versteigerungen durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vortheils abhält, wird mit Geldbuße bis zu 300 Thalern oder mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bestraft.

Freilich wird auch beim Vorhandensein eines solchen Gesetzes der Schaden schwer thatsächlich zu begründen sein, weil sich nicht leicht bestimmen läßt, wie hoch bei ungestörter Concurrenz der Liebhaber das letzte Gebot getrieben haben würde, und wie viel demnach der durch die Störung verursachte Schaden beträgt. Unmöglich ist es aber nicht, da der wahre Werth des Steigerungsobjectes sich durch Schätzung ermitteln läßt, und bei

Digitized by Google

einer hierdurch im Vergleiche mit dem Erlöse festgestellten Beschädigung das richterliche Ermessen nach Pr.O. §. 588 die Größe der Entschädigung bestimmen kann, für welches noch dadurch Anhaltspunkte gewonnen werden können, daß die abgehaltenen Liebhaber über das von ihnen beabsichtigte, höchste Gebot eidlich als Zeugen einvernommen werden. Diese Betrachtung gilt auch für den Fall, in welchem nach badischem Rechte eine Entschädigungsklage zulässig erscheint, und zeigt, daß es dann gerathener ist, die Umstoßung der Versteigerung zu verlangen. Dr. Puchelt.

142.

Wechselrechtliche Entscheidungen.

I.

Art. 19. 20. 31. 98 Ziff. 3 und 5.

Die Vorschriften über Präsentation der auf eine Zeit nach Sicht lautenden Wechsel gelten auch für eigene Wechsel. — Die Versäumung der zweijährigen Präsentationsfrist ist vom Richter ex officio zu berücksichtigen. — Nur die auf dem Wechsel selbst befindlichen Erklärungen kommen in Bezug auf die Klagbarkeit der Wechselforderung in Betracht.

Ascher in Mannheim erhob als Inhaberin eines eigenen Wechsels, welchen W. Heckmann zugleich mit mehreren anderen Personen am 20. April 1866 für den Betrag von 500 fl., zahlbar drei Tage nach Sicht an die Ordre von K. ausgestellt, und K. an Erstere indossirt hatte, gegen die Heckmann, welcher sie den Wechsel am 22. April 1868 durch den Notar zur Zahlung binnen längstens drei Tagen hatte präsentiren lassen, eine Klage auf Zahlung der Wechselsumme nebst 6 pCt. Zinsen vom 26. April 1868, als dem Verfalltage. Das Handelsgericht Mannheim trug Bedenken über die Zulässigkeit dieser Klage, lud den klägerischen Anwalt zur Nachweisung dieser Zulässigkeit in die Sitzung vor, und erließ sodann ein die Ladung versagendes Urtheil.

„Der Wechsel ist nicht binnen zwei Jahren nach der Ausstellung zur Annahme präsentirt worden, ungeachtet bei Wechseln, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten, der Art. 19 der W.O. dies dahin vorschreibt, daß solche Wechsel bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die Indossanten und den Aussteller nach Maaßgabe der besondern im Wechsel enthaltenen Bestimmungen und in deren Ermanglung binnen zwei Jahren nach der Ausstellung zur Annahme präsentirt werden müssen. Art. 98 Ziff. 3 aber erklärt die Vorschriften der Art. 19 und 20 über die Präsentation der Wechsel auf eine Zeit nach Sicht ausdrücklich auch für eigene Wechsel und zwar mit der Maaßgabe für anwendbar, daß die Präsentation dem Aussteller geschehen müsse. Der trotz dieser auf vorliegende Klage anwendbaren Bestimmungen versuchte Nachweis der Klagbegründung ist dem klägerischen Anwalte nicht gelungen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der angeführten Gesetzesstellen, welche für den gegebenen Fall besondere Bestimmungen enthalten, und darum nicht durch andere allgemeine Vorschriften, nach denen es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels weder der Annahme noch der Präsentation am Zahlungstage noch der Protesterhebung bedarf (Art. 98, namentlich Ziffer 6, vergl. Art. 44 und 99), aufgehoben sind oder beseitigt werden können. Die vom Kläger angerufene Novelle zu Art. 99 *) schlägt hier nicht ein, denn dieselbe handelt von Wechseln, die einen Zahlungstag enthalten, während ein solcher bei Wechseln auf Sicht oder eine bestimmte Zeit nach Sicht fehlt und Grund und Zweck der Art. 19. 20. 31. 98[3] und [5] gerade ist, einen festen Zeitpunkt für den Zahlungstag und eine feste Grundlage für alle weiteren im Falle der Nichtzahlung zu ergreifenden wechselrechtlichen Schritte zu gewinnen, damit der Wechselschuldner nicht auf eine unbestimmte, lediglich von dem Belieben des Inhabers abhängige Reihe von Jahren wechselmäßig verhaftet bleibe.

Die Versäumung der in den angeführten Artikeln vorgeschriebenen Frist zur Präsentation ist von Richteramtswegen zu berücksichtigen, weil die Präsentation binnen zwei Jahren — vorbehaltlich der ausdrücklich gestatteten vertragsmäßigen Abänderung — für eine unerläßliche Pflicht des Inhabers erklärt ist, wie denn im Wechselrecht vermöge seiner streng formellen Natur die Frage

---

*) Gesetz vom 28. Mai 1864, Art. 1 Ziff. 8: „Der Art. 99 erhält am Schlusse folgenden Zusatz: Bei nicht domicilirten eigenen Wechseln bedarf es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes."

Digitized by Google

nach dem Vorhandenſein der geſetzlichen Erforderniſſe überall von Amtswegen aufzuwerfen und zu entſcheiden iſt.

Wenn endlich der klägeriſche Anwalt ſich auf eine vom 20. April 1866 datirte Urkunde beruft, in welcher die Ausſteller des eigenen Wechſels von gleichem Tage denſelben „auf ſo lange Zeit ſammtverbindlich giltig erklären, bis ſie ſelbſt auf Einlöſung dringen," ſo iſt dies gänzlich unerheblich, da im Wechſelrechte und Verfahren nur die auf dem Wechſel ſelbſt befindlichen Erklärungen in Beziehung auf die Klagbarkeit der Wechſelforderung in Betracht kommen können. Zudem würde es auch nach jener Erklärung an einem Zahlungstage im Sinne der W.O. fehlen und darum trotz derſelben die Vorſchriften der Art. 19. 20. 31 zur Anwendung gelangen."

(Urtheil des Handelsgerichts Mannheim vom 12. Juni 1868, J. S. Aſcher gegen Heckmann.)

II.

Art. 23.

Der Acceptant eines Wechſels kann die Einrede des Betrugs nicht damit begründen, ſein Gegner habe ihm den Wechſel als die Rechnung, welche er durch Unterſchrift anerkennen ſolle, bezeichnet.

„Nachdem der Beklagte ſeine Unterſchrift unter der Wechſelannahme anerkannt hat, erſcheint die Klage nach Art. 21 als gerechtfertigt, da es der vorgeſchützten Einrede des Betrugs an der thatſächlichen Begründung mangelt. Denn hätte auch der Beklagte, wie er behauptet, der Kläger aber widerſpricht, nach dem Empfang des Mehles Letzteren gefragt, ob er die Rechnung mitgebracht, und hätte ihm dann der Kläger dieſe Frage bejaht und von ihm die Unterſchrift des Wechſels verlangt mit dem Bemerken, daß damit der richtige Empfang des in der Rechnung aufgeführten Mehls anerkannt werden ſoll, ſo läge in dieſem Vorgange noch nicht ein ſolcher Kunſtgriff, welcher geeignet geweſen wäre, einen verſtändigen Geſchäftsmann über den wahren Inhalt der Urkunde zu täuſchen. Denn der Beklagte mußte ſchon aus der Geſtalt des Wechſels erſehen, daß er keine Rechnung im gewöhnlichen Sinne des Wortes vor ſich habe. Er mußte dies auch aus dem Inhalte der Urkunde erkennen, wenn er ſie geleſen. Hat er ſie aber nicht geleſen, ſo bethätigte er durch ſeine ſchriftliche Wechſelannahme, daß er ſich zu dem Inhalte der Urkunde bekenne, und ſich darnach verpflichte, von welcher Art dieſer auch ſei.

(Urtheil des Handelsgerichts Karlsruhe-Pforzheim vom 6. November 1868, J. S. Freund gegen Baſtian.)

III.

Art. 36. 82.

Der Wechſelinhaber iſt ſchon durch das Daſein einer auf ihn führenden ununterbrochenen Giroreihe legitimirt und braucht die Wechſelfähigkeit ſeiner Vormänner nicht zu prüfen. — Die Behauptung der Zahlung an einen Dritten iſt gegenüber dem Wechſelinhaber ohne Bedeutung. — Verweiſung der Einrede des Betrugs zum beſondern Austrag.

Auerbach u. Katz klagten gegen Speck u. Comp. auf Zahlung einer Wechſelſumme von 712 fl. 37 kr. nebſt 6 pCt. Zinſen vom Verfalltage, der Proteſtkoſten und ſonſtigen Auslagen, ſowie der Proviſion mit ½ pCt. auf Grund eines von den Beklagten an die Ordre von C. F. Sigel am 23. November 1867 über jene Summe ausgeſtellten eigenen Wechſels, welcher von dem Procuriſten Sigel's Namens Krafft durch ein Blankoindoſſament und ſodann von den Klägern an M. B. Goldſchmidt in procura girirt und auf die am zweiten Tage nach dem Verfall zu Frankfurt, wo derſelbe zahlbar war, erfolgte Zahlungsweigerung proteſtirt wurde. Dieſer nach Art. 96—99, vergl. 8. 10. 12. 41. 50. 81 rechtlich begründeten Wechſelklage hielt der Beklagte mehrere Einreden entgegen, welche in den nachſtehenden Entſcheidungsgründen gewürdigt wurden.

„Der Einwand der Beklagten, daß das Blankoindoſſament unwirkſam ſei, weil C. F. Sigel zur Zeit der Ausſtellung deſſelben ſchon in Gant geweſen, erſcheint verwerflich, weil nach Art. 36 der Wechſelinhaber ſchon durch das Daſein einer auf ihn führenden ununterbrochenen Giroreihe legitimirt iſt und ſomit die Wechſelfähigkeit ſeiner Vormänner nicht zu prüfen hat. Es iſt daher die Frage, ob der Beklagte aus der etwaigen Vergantung Sigel's einen Grund zur Anfechtung ſeines ſpätern Giro's abzuleiten befugt ſei, hier nicht weiter zu erörtern. Daß die etwaige Rechtsunfähigkeit ſeines Procuriſten Krafft der Giltigkeit des von dieſem in ſeiner genannten Eigenſchaft gegebenen Indoſſaments nicht ſchaden würde, folgt aus L.R.S. 1990 und Art. 41 ff. des H.G.B. (Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Dezbr. 1869. No. 10.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. | Band XXXV. | No. 10.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Dezember 1869.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 2. Dezember.	
95	Schäfer gegen Klipfel. — Entschädigung	Barbo. — Esser.
132	Weil gegen Bloch. — Ungültigkeit von Rechtsgeschäften . .	Esser. —
	Dienstag den 7. Dezember.	
125	Koch gegen Mayerhofer. — Testamentsanerkennung. . . .	Grimm. Eller. Gernandt. Geißmar
68	Heitzmann gegen Barbo. — Forderung	Eller. — Eckhard.
	Donnerstag den 9. Dezember.	
57	Mannheim gegen Sonntag. — Schiedsrichterernennung. . .	Weller. — Grimm.
117	Dörle gegen Lang, hier Einsprache des Dehn und Haas . .	Strauß. — Fürst.
	Dienstag den 14. Dezember.	
91	Fiener gegen Ebding. — Forderung.	Grafmüller. — v. Feder.
135	Blatter gegen Blatter. — Gantmasse, Vorzug.	Flügel. — v. Feder.
	Donnerstag den 16. Dezember.	
76	Fütterer gegen Lösch. — Urtheilsvollzug.	Friedmann. — Esser.
134	Riegger gegen Riegger. — Kaufnichtigkeit.	Esser. — Barbo.
	Dienstag den 21. Dezember.	
82	Röthenbacher gegen Röthenbacher. — Forderung. . . .	v. Engelberg.
	Donnerstag den 23. Dezember.	
96	Berger gegen Christ. — Vertragserfüllung.	v. Feder. — Eckhard.
94	Vögele gegen Stöckle. — Einsprache gegen unbedingten Befehl. .	v. Feder. — Eckhard.

Digitized by Google

Vor einigen Wochen wurde ausgegeben:

Catalog IV.

meines antiquarischen Bücherlagers, enthaltend:

Jurisprudenz & Staatswissenschaften

mit Anhang:

Badenia & Palatina.

Interessenten wird derselbe auf Verlangen franco zugesendet.

Buchhandlung von J. Benshelmer in Mannheim.

Juristen

können in jeder Buchhandlung noch dem auf die ersten 45 Bände des in der Praxis unentbehrlichen „**Glück**'schen **Pandectencommentar**" eröffneten Abonnement pro Band fl. 1. 12 kr. beitreten, nach Wunsch auch sämmtliche Bände auf einmal beziehen. Gesammtpreis des 46. Bandes und des 4. Reg.-Bandes fl. 5. 45 kr.

Fortsetzung in der Bearbeitung begriffen.

In unserm Verlage erscheint seit Januar 1869:

Revue de droit international

et de

législation comparée

publiée par

M. M. Asser, Rolin-Jaequemyns et Westlake

(à Amsterdam, Gand et Londres)

avec la

collaboration de plusieurs jurisconsultes et hommes d'état.

Preis für 4 Hefte jährlich (ca. 32 Druckbogen) fl. 6. 36 kr.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung des In- und Auslandes.

Puttkammer & Mühlbrecht.

Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.

64. Unter den Linden in Berlin.

In der **C. F. Winter**'schen Verlagshandlung in **Leipzig** und **Heidelberg** ist jetzt wieder vollständig erschienen:

Lehrbuch der politischen Oekonomie

von Dr. **Karl Heinrich Rau,**

Großherzogl. Bad. Geh. Rath und Professor zu Heidelberg ꝛc.

gr. 8 geh. 3 Bände.

I. Band in 2 Abtheil.: Grundsätze der Volkswirthschaftslehre. 8. Ausg. fl. 7. 12 kr.

II. Band in 2 Abtheil.: Grundsätze der Volkswirthschaftspolitik. 5. Ausg. fl. 9.

III. Band in 2 Abtheil.: Grundsätze der Finanzwissenschaft. 5. Ausg. fl. 9.

Das vollständige aus 3 Bänden bestehende Werk kostet somit fl. 25. 12 kr. — Jeder Band kann auch einzeln bezogen werden.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 21.**

(Schluß von Art. 142.)

Die weitere Einrede, daß der eingeklagte Wechſel vom Beklagten bezahlt worden ſei, iſt thatſächlich und rechtlich unbegründet. Denn es iſt nicht behauptet, daß eine ſolche Zahlung an die Kläger, welche ſie nach Art. 36 anzuſprechen haben, erfolgte, und es läßt ſich auch nach dem eigenen Vortrage des Beklagten nicht ſagen, daß der hier eingeklagte Wechſel von ihm bezahlt worden ſei. Vielmehr mußte er hiernach nur ſeine beiden von Sigel acceptirten Tratten über 248 fl. 49 kr. und 463 fl. 48 kr., zu deren Deckung angeblich ihm der eingeklagte Solawechſel übergeben worden ſei, Mangels Zahlung einlöſen. Dieſes Verhältniß iſt aber den Klägern gegenüber, welche es übrigens mit Nichtwiſſen beantworteten, nach Art. 82 rechtlich bedeutungslos.

Dagegen erachtete der Gerichtshof nach dieſer Geſetzesſtelle die weitere Einrede des Beklagten, daß der eingeklagte Wechſel von ihm an Sigel nur zu deſſen Sicherheit für die auf ihn gezogenen Tratten überſendet worden ſei und Sigel ſich ihm gegenüber verpflichtet habe, ſolche Solawechſel nicht in Circulation zu ſetzen, daß auch die Kläger durch Sigel oder deſſen Procuriſten vor Begebung des Wechſels Kenntniß von dieſem Sachverhalte erlangt hätten, in rechtlicher Hinſicht für erheblich, indem in der Annahme des Wechſels durch die Kläger unter jener Vorausſetzung eine unredliche Handlung derſelben gefunden werden müßte, aus welcher dem Beklagten ihnen gegenüber die Einrede des Betrugs erwachſen würde. Da jedoch der den Klägern zum Beweiſe der Behauptung des Beklagten zugeſchobene Eid nach Pr.O. §. 654[a] hier nicht zuläſſig iſt, auch die über die Vereinbarung zwiſchen dem Beklagten und Sigel vorgelegten Urkunden von klägeriſcher Seite nicht anerkannt wurden, mußte die vorgetragene Einrede nach Pr.O. §. 652 zu beſonderem Austrage verwieſen und der Beklagte zur Zahlung verurtheilt werden."

(Urtheil des Handelsgerichts Karlsruhe-Pforzheim vom 13. März 1868, J. S. Auerbach und Katz gegen Speck und Comp.)

IV.

Art. 41 Abſ. 2. 86.

Nach dem in London geltenden Rechte beſtehen für die auf gewiſſe Tage nach Sicht geſtellten Wechſel drei Reſpecttage, ſo daß ſolche Wechſel erſt am dritten Tage nach Verfall bezahlt oder proteſtirt werden müſſen.

„Der klägeriſche Anſpruch auf Erſatz der Wechſelſumme nebſt 6 pCt. Zinſen von der Proteſterhebung durch den Beklagten als einer der Vormänner des Klägers erſcheint nach Art. 36. 41. 50. 51 inſofern thatſächlich und rechtlich begründet, als die Proteſterhebung rechtzeitig erfolgte. Die beiden, neunzig Tage nach Sicht zahlbaren und am 15. Oktober 1867 zur Annahme präſentirten Wechſel waren nach Art. 32[3] am 13. Januar 1868 in London verfallen; da ſie erſt am 16. Januar 1868 proteſtirt wurden, wäre dies nach Art. 41 verſpätet, und der klägeriſche Regreß unzuläſſig. Allein dieſer Einwand des Beklagten iſt nicht ſtichhaltig, denn nach dem in London geltenden Rechte, welches für die Proteſtirung der in dieſer Stadt zahlbaren Wechſel nach der Natur der Sache und nach Art. 86 zur Anwendung kommen muß, beſtehen für die auf gewiſſe Tage nach Sicht geſtellten Wechſel drei Reſpecttage, ſo daß ſolche Wechſel erſt am dritten Tage nach Verfall bezahlt oder proteſtirt werden müſſen. Dieſe Beſtimmung des zu London geltenden Rechtes, welche in

Bender, Grundſätze des deutſchen Wechſelrechts I. Abth. §. 351 S. 513,
Flügel, Curszettel, S. 164,

beſtätigt wird, iſt den beiden Richtern aus dem Handelsſtand als eine zweifelloſe Thatſache bekannt und der beklagte Theil hat ſich auf dieſelbe auch inſofern berufen, als er die Rechtzeitigkeit der Proteſterhebung nach dem am Zahlorte der Wechſel geltenden Rechte behauptete."

(Urtheil des Handelsgerichts Karlsruhe-Pforzheim vom 14. Februar 1868, J. S. Siebert gegen Eſſig.)

Digitized by Google

V.

Art. 83.

Bereicherungsklage gegen den Aussteller, weil dieser das Accept des Bezogenen ohne Gegenleistung erhalten habe. = Zuständigkeit des Handelsgerichts.

Joseph Hall zog am 7. und 9. Dezember 1866 zwei Wechsel an eigene Ordre in den Beträgen von fl. 200 und fl. 300 auf Victor Lang und girirte dieselben nach erfolgtem Accepte des Lang an Carl Betz, der den Wechsel auf fl. 200 an Veith u. Comp. weiterbegab. Zur Verfallzeit — drei Monate nach Ausstellung — wurden die Wechsel von Lang nicht bezahlt und nach erfolgter Protesterhebung gegen denselben eingeklagt, jedoch, da er sich gantmäßig erklärte, ohne Erfolg. In Lang's Gant liquidirte Betz beide Wechsel nebst Zinsen und Kosten, erhielt aber statt der liquidirten fl. 561 1 kr. nur fl. 187. 51 kr. Im März 1868 erhob er sodann für den Restbetrag von 373 fl. 10 kr. die Regreßklage gegen Hall, mit welcher er aber wegen der inzwischen eingetretenen Wechselverjährung abgewiesen wurde.

Nunmehr erhob Betz im Juni 1868 mit Bezug auf Art. 83 für den Betrag von 262 fl. 9 kr. nebst Zinsen von der Klagzustellung gegen Hall die Bereicherungsklage; er brachte nämlich die in der Lang'schen Gant erzielten fl. 187. 51 kr. nicht, wie er nach Art. 81—83 berechtigt gewesen wäre, an der ganzen wechselmäßigen Forderung, sondern nur an den von ihm für beide Wechsel angeblich bezahlten Valuten von fl. 180 und fl. 270 in Abzug und begehrte den Rest vom Beklagten unter der Behauptung, daß derselbe für die Wechsel an Lang keine Deckung gegeben, vielmehr die Accepte des Letzteren ohne Gegenleistung erhalten habe.

Der Beklagte hielt vor Allem der Klage die Unzuständigkeit des Handelsgerichts entgegen; diese Einrede wurde aber verworfen. „Mit Unrecht erhob der Beklagte diese Einrede, denn Pr.O. §. 12 [2] weist die Streitigkeiten über Wechselverbindlichkeiten als Handelssachen vor die Handelsgerichte, ohne zu unterscheiden, ob solche Ansprüche im Wechsel- oder im ordentlichen Prozesse, unmittelbar oder im Wege des Rückgriffes, des gewöhnlichen oder des außerordentlichen Rückgriffes nach Art. 83, verfolgt werden. Sodann erklärte schon Art. 7 des Einführungsgesetzes zur Wechselordnung durch das Wörtchen „auch" die gezogenen Wechsel, wie wenn es sich von selbst verstände, überhaupt für Handelsgeschäfte. Der Beklagte, indem er die fraglichen Wechsel auf Lang zog und an den Kläger indossirte, nahm daher Handelsgeschäfte vor, und untersteht deßhalb nach Pr.O. §. 13, auch wenn er kein Handelsmann wäre, der Gerichtsbarkeit des Handelsgerichtes."

In der Hauptsache erging ein Beweiserkenntniß. „Was die Sache selbst betrifft, so erscheint die Klage nach Art. 83 rechtlich begründet. Zwar ist nur die Klage gegen den Aussteller nach Art. 78, nicht aber die Klage gegen den Acceptanten nach Art. 77 verjährt und die auf Art. 83 gebaute Klage eine subsidiäre; da jedoch der Acceptant kürzlich in Gant war, und der seitherige Eintritt der Zahlungsfähigkeit desselben nicht behauptet wurde, die Fortdauer seiner Haftbarkeit somit ohne Werth ist, läßt sich wegen jenes Umstandes der rechtliche Klaggrund nicht beanstanden. Daß der Kläger Inhaber beider Wechsel ist, wurde zugegeben, und erscheint hiernach seine Activlegitimation als vorhanden.

„Ob der Kläger 450 fl., oder, wie der Beklagte behauptet, nur fl. 170 und fl. 250, somit fl. 420 diesem für die Uebertragung beider Wechsel zahlte, ist unerheblich, da der Beklagte jedenfalls mehr als die nun geforderten fl. 262. 9 kr. empfangen hat, und der unrichtige Gang der Klage bei der Aufstellung dieser Forderung hinsichtlich jener Frage ohne Bedeutung ist.

Dagegen hat Kläger darzuthun, daß der Beklagte an Victor Lang keinerlei Deckung für die beiden Wechsel gegeben hat. In dieser Richtung stellte er schließlich die Behauptung auf, daß Lang die beiden Wechsel des Beklagten ohne alle Gegenleistung von des Letzteren Seite acceptirt habe. Beklagter widersprach dies und gab an, daß er an Lang nach einem mit diesem getroffenen Uebereinkommen eine Provision von 500 fl. für die Vermittlung des Ankaufes des Braunwarth'schen Hauses durch denselben anzusprechen gehabt, und dafür zuerst einen eigenen, nicht an Ordre gestellten Wechsel über jene Summe und bei der Nichteinlösung desselben die beiden der Klage zu Grunde liegenden Wechsel von Lang erhalten habe. Jenen Anspruch auf fl. 500 stellte Kläger in Abrede, indem eine solche Provision dem Beklagten nicht allein für die Vermittlung jenes Hauskaufs, sondern auch für die Verschaffung des zur Abtragung der Pfandlasten nöthigen Capitals versprochen gewesen sei, welch Letztere der Beklagte aber nicht habe bewirken können. Die Richtigkeit dieser Behauptung, durch welche

Digitized by Google

die Bereicherung des Beklagten in Folge des Empfangs der Valuta für die beiden Wechsel thatsächlich begründet würde, hat Kläger zu erweisen.

Die Einrede der Selbstverschuldung zerfällt, nachdem vom Beklagten zugegeben wurde, daß Adolph Mayer dem Kläger die theilweise Zahlung nicht unbedingt, sondern nur unter der Bedingung angeboten hat, wenn dieser für den Rest seiner Wechselforderungen Frist gestatte und sich für jetzt mit Faustpfändern begnüge; denn auf ein solches Uebereinkommen war Kläger nicht verpflichtet einzugehen und Art. 38 der Wechselordnung schlägt hier nicht ein."

Der auferlegte Beweis gelang dem Kläger nicht, indem Beklagter, welchem nach fruchtloser Zeugenbeweiserhebung der Haupteid zugeschoben wurde, solchen leistete.

(Urtheile des Handelsgerichts Karlsruhe-Pforzheim vom 30. Oktober 1868 und 22. Januar 1869, J. S. Betz gegen Hall.)

Heinsheimer.

143.

Collision von Sicherheitsarrest und Vollstreckung.

1) Der ältere Sicherheitsarrest auf ein Guthaben des Schuldners zu Gunsten eines Gläubigers hindert andere Gläubiger nicht, auf dieselbe Forderung im Vollstreckungswege Beschlag und Zuweisung zu erwirken; allein damit verliert jener keineswegs seine Wirksamkeit, weßhalb die Zuweisung im Vollstreckungsverfahren nicht zum Begehren der Aufhebung des älteren Sicherheitsarrestes berechtigt.

2) Der Gläubiger, welcher die Vollstreckungszuweisung erwirkt hat, kann gegen den Arrestkläger von dem Rechtsbehelfe des §. 917 der Pr.O. Gebrauch machen, ebenso darf er gegen denselben nach Maaßgabe von Pr.O. §. 967 Einsprache erheben und bei dem Mangel anderer Zugriffsobjekte verhältnißmäßige Befriedigung begehren, ohne abzuwarten bis der Sicherheitsarrest zum Vollstreckungsarrest geworden ist.

Dies wurde ausgesprochen vom Kreisgerichte Heidelberg mit Urtheil vom 30. Januar l. J. und vom Appellationssenate Mannheim mit bestätigendem Urtheile vom 12. Mai l. J., In Sachen Reiß gegen Brenner.

Gründe des Kreisgerichts.

Es ist unbestritten, und durch die anerkannten bezüglichen Akten dargethan, daß J. G. Brenner hier unterm 9. Oktober v. J., No. 4338, zur Sicherung einer Forderung von 400 fl. an Friedrich Schäfer und Christoph Reiß hier, eine Beschlagsverfügung auf zwei Guthaben des Letzteren bei Glasermeister R. Rösch hier im Betrage von 100—130 fl. und bei Glasermeister A. Hesch in Mannheim im Betrag von 30—40 fl. erwirkte, welche jenen Beklagten am 11. beziehungsweise 15. Oktober, dem Rösch und Hesch am 11. beziehungsweise 14. Oktober zugestellt wurde; daß ferner zu Gunsten einer Forderung der Ehefrau jenes Beklagten Reiß gegen ihren Ehemann im Belaufe von 2783 fl. 46 kr. das großh. Amtsgericht Bruchsal im Vollstreckungswege bezüglich der nämlichen Guthaben des Reiß, wobei dasjenige an Rösch auf 130 fl. und dasjenige an Hesch auf 35 fl. angegeben wurde, unterm 3. November v. J. eine Beschlagsverfügung, die dem Reiß am 6., dem Rösch und Hesch am 7. November zugestellt wurde, und unterm 24. November v. J. eine Zuweisungsverfügung erlassen hat, welche dem Reiß am 27., dem Rösch und Hesch am 28. beziehungsweise 27. gleichen Monats zugestellt worden ist.

Auf Grund dieser Thatsachen hat die Ehefrau Reiß um Wiederaufhebung des diesseitigen Sicherheitsbeschlags gebeten, während J. G. Brenner die Abweisung dieses Begehrens beantragt.

Das Gesuch der Einsprachsklägerin ist von dem Gerichtshofe als unbegründet erachtet worden.

Allerdings kann ungeachtet der von Zentner in Annalen 19 S. 14 erhobenen Bedenken nicht bezweifelt werden, daß auch bei Anlegung des Sicherheitsarrestes dem Dritten auf Grund eines gleichen oder besseren Rechts das Recht der Einsprache nach Pr.O. §§. 853 und 967 zusteht. Allein die Klägerin begehrt hier die gänzliche Beseitigung des Sicherheitsarrestes, indem sie aus der erlangten Zuweisungsverfügung ein Eigenthumsrecht an den betreffenden Forderungen behauptet, und ein solches erscheint gegenüber dem Einsprachsbeklagten nicht als begründet, weil sein Sicherheitsarrest dem Vollstreckungsarrest der Einsprachsklägerin vorangegangen ist.

Ein Sicherheitsbeschlag macht nämlich für den Schuldner, gegen welchen er angelegt ist, gleich wie ein Vollstreckungsbeschlag jede Verfügung über die mit Beschlag

Digitized by Google

belegte Forderung dieſes Schuldners zur Unmöglichkeit. L.R.S. 2204a. So wenig aber hiernach der Schuldner ſelbſt über die mit Beſchlag belegte Forderung verfügen kann, ebenſowenig kann ein dritter Gläubiger, der hierbei nur in Ausübung von deſſen Rechten (L.R.S. 1166) handelt, im Vollſtreckungswege eine Zuweiſungsverfügung über die mit Beſchlag belegte Forderung erlangen: denn Niemand kann mehr Rechte auf einen Anderen übertragen, als er ſelbſt hat.*)

Annalen 28 S. 255 ff.

Für den vorliegenden Fall muß es vielmehr der Einſprachsklägerin überlaſſen bleiben, nachdem der von J. G. Brenner erwirkte Sicherheitsbeſchlag in das Stadium des Vollſtreckungsbeſchlags, beziehungsweiſe der Zuweiſung übergegangen ſein wird, im Wege einer auf §§. 967 ff. der Pr.O. zu gründenden Einſprache den Austrag ihrer ſtärkeren oder gleich ſtarken Anſprüche auf Befriedigung aus dem von beiden Gläubigern angegriffenen Vollſtreckungsgegenſtande zu verſuchen.

Ob die Einſprachsklägerin berechtigt geweſen wäre, etwa auf Grund des §. 967 Ziff. 2 der Pr.O. jetzt ſchon eine verhältnißmäßige Befriedigung aus den mit Beſchlag belegten Forderungen zu verlangen, iſt hier nicht zu prüfen, da dies eine ganz andere thatſächliche Begründung vorausſetzt, und daher nicht als Geringeres in der erhobenen Klage enthalten iſt.

Aus dieſen Gründen und gemäß §. 170 der Pr.O. wegen der Koſten, wurde, wie geſchehen, erkannt.

Gründe des Appellationsſenats Mannheim.

Sobald der Arreſt in Wirkſamkeit getreten iſt, muß er dieſe nach den Beſtimmungen der §§. 597 ff. der Pr.O. inſolange behalten, bis er übereinkunftmäßig oder durch richterlichen Beſchluß wieder aufgehoben wird. Die rechtliche Nothwendigkeit zu dieſer richterlichen Aufhebung kann aber weder nach dem Geſetze, noch nach dem Weſen des Sicherheitsarreſtes überhaupt aus dem Umſtande entnommen werden, daß ein anderer Gläubiger deſſelben Schuldners auf dieſelben Forderungen Vollſtreckungsarreſt und ſodann Zuweiſung der Forderungen, vielleicht ſogar, worauf es indeſſen nicht einmal ankommt — bei einem andern Gerichte, als demjenigen, welches den Sicherheitsarreſt erkannt hatte (wie hier wirklich der Fall iſt) und ohne deſſen Kenntniß von letzterem, erſt ſpäter erwirkt hat: denn der Sicherheitsarreſt ſoll ja gerade dem Gläubiger einſtweilen und bis zum Austrage ſeines Anſpruchs die Sicherheit verſchaffen, daß die Vermögensbeſtandtheile, worauf dieſer Arreſt ſich erſtreckt, weder von dem Schuldner ſelbſt veräußert, beziehungsweiſe bei Forderungen eingezogen, noch von Dritten zu deren Nutzen angegriffen werden. Haben ſolche Dritte ſpäter ihrerſeits Vollſtreckungsarreſt und reſp. Zuweiſung derſelben Vermögensbeſtandtheile — welche letztere erſt eine Colliſion mit den Rechten des Arreſtklägers veranlaßt — erwirkt, ſo tritt eben nun zwiſchen ihnen und dem (Sicherheits-) Arreſtkläger ein Conflict ein, welcher richterlich mit dem Austrage des Anſpruchs des Letzteren oder beziehungsweiſe mittelſt Aufhebung des Arreſtes nach den Beſtimmungen der §§. 611. 614. 618 und 617 der Pr.O. zu löſen iſt, allein es würde auf einer gänzlichen Verkennung der proviſoriſchen Natur des Sicherheitsarreſtes beruhen, wenn man deſſen einſtweiligem Fortbeſtehen bis zum Eintritte jener ihn beendigenden richterlichen Entſcheidungen entgegenhalten wollte, daß man damit dem Sicherheitsarreſte die (definitive) Natur eines Unterpfands- oder Vorzugsrechts beilege. Jenen Conflict vor Gericht herbeizuführen, gibt das Geſetz in allen Fällen den dritten Gläubigern, welche die Zuweiſung in obiger Weiſe erwirkt haben, durch die Beſtimmungen des §. 617 der Pr.O. die zureichenden Mittel: denn ſowie dem Arreſtbeklagten danach die Befugniß zuſteht, die Anberaumung einer Friſt für den Arreſtkläger zur Erhebung der Klage in der Hauptſache, und nach fruchtloſem Ablaufe dieſer Friſt die Aufhebung des Sicherheitsarreſtes zu verlangen, ſo muß dieſelbe Befugniß auch dem durch die richterliche Zuweiſung in alle (auch die acceſſoriſchen) Rechte des Arreſtbeklagten eingetretenen dritten Gläubigern, ſelbſt abgeſehen von den Beſtimmungen des L.R.S. 1166 zukommen. Vermag aber ein ſolcher dritter Gläubiger, was von der Einſprachsklägerin nicht geſchah, zu behaupten und nachzuweiſen, daß zur Befriedigung ſeiner Anſprüche keine anderen freien, angreifbaren Vermögenstheile, als die mit Sicherheitsarreſt belegten, vorhanden ſind, ſo iſt er, wie das Gericht erſter Inſtanz mit Recht annahm, nach §. 967 Ziff. 2 der Pr.O. allerdings ſogar ſchon jetzt und vor

*) Damit ſteht im Einklang die in Annalen 35 S. 257 mitgetheilte Entſcheidung des Kreisgerichts und Appellationsſenats Mannheim, wonach der Sicherheitsbeſchlag ebenſo wie der Vollſtreckungsbeſchlag, wenn ſie der Signification der Ceſſion vorhergehen, den debitor cessus an der Zahlung hindert.

Digitized by Google

Austrag des Hauptanspruchs des Arrestklägers — weil dieser dann im günstigsten Falle dem Arrestkläger nur zur verhältnißmäßigen Befriedigung verhelfen könnte — befugt, pro rata den Vollzug der durch die Zuweisung erwirkten Vollstreckung und damit insoweit die Aufhebung des Sicherheitsarrestes zu verlangen. Solchen dritten Gläubigern sind demnach durch den Sicherheitsarrest ihre, durch die Zuweisung an Zahlungsstatt erworbenen Rechte keineswegs entzogen; sie müssen vielmehr in solcher Collision mit dem Arrestkläger, dessen Sicherheitsarrest älter ist, als ihre Zuweisung, dieselben nur in der einen oder anderen oben bezeichneten beschränkten Weise ausüben. Da die Einsprachsklägerin dieses nicht gethan, sondern lediglich Aufhebung des Arrestes verlangt hat, so rechtfertigt sich ihre Abweisung.

Dr. Puchelt.

144.

Demjenigen, welcher auf Anerkennung der Vaterschaft eines unehlichen Kindes und aus diesem Grunde zugleich auf Alimentation desselben belangt wurde, kann auf Verlangen von dem Gerichte nach L.R.S. 211 vergönnt werden, der Alimentationspflicht auf dem dort bezeichneten Wege der Aufnahme und Selbstverpflegung des Kindes Genüge zu leisten, selbst wenn die in dieser Hinsicht für andere alimentationspflichtige Personen, außer Vater und Mutter, in L.R.S. 210 geforderte Voraussetzung nicht eintritt.

J. S.

des Ignaz und der Sophie Breil, vertreten durch ihre Mutter und Vormünderin Theresia Breil und den Prozeßvormund Georg Hermann von Elgersweier, Kläger, Widerbeklagte, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

Heinrich Seiler von Kappel bei Bühl, Beklagten, Widerkläger, Appellanten, Oberappellanten,

Vaterschaft und Ernährungsbeitrag betr.,

hatte der auf Anerkennung der Vaterschaft bezüglich der zwei klägerischen Kinder und zugleich auf Alimentation derselben belangte Beklagte eventuell beantragt, daß ihm gestattet werde, durch ausschließliche Uebernahme des einen Kindes, des Knaben Ignaz, in Wohnung und Verpflegung, seinen Antheil an der Alimentationspflicht der zwei Kinder, wovon nach L.R.S. 203 die Hälfte auf die Mutter derselben falle, zu erfüllen; wobei er darauf hinwies, daß er vermöge seiner inzwischen erfolgten Verheirathung (mit einer anderen Frauensperson als der aufgetretenen Klägerin) einen geordneten Hausstand besitze.

Die Vorderinstanzen hatten diesen Antrag, welcher als Widerklage bezeichnet wurde, hauptsächlich aus dem Grunde, daß die Kinder in den ersten Lebensjahren besser bei der Mutter besorgt würden, und von dieser auch bessere Behandlung zu erwarten hätten, zurückgewiesen. Das großh. Oberhofgericht aber, bei welchem die Vaterschaftsanerkennung nicht mehr in Frage stund, hatte in dem Urtheil vom 14. September 1869 außer einer Ermäßigung der von den Vorderinstanzen angenommenen Unterhaltsbeiträge für jedes der beiden Kinder von 1 fl. die Woche auf 30 kr., noch den Zusatz beigefügt:

> daß dem Beklagten für die Zukunft die Wahl vorbehalten sei, statt der Bezahlung des Unterhaltsbeitrages von 30 kr. für den Sohn Ignaz, diesen in seine Wohnung aufzunehmen und dort zu ernähren und zu verpflegen. Mit seinem weiter gehenden Widerklagbegehren dagegen sei derselbe abzuweisen.

Die

Entscheidungsgründe

sagen hierüber:

„Eine weitergehende Herabsetzung erscheint nicht gerechtfertigt. Auch begehrt der Beklagte zuviel, wenn er im Falle der Aufnahme des Kindes Ignaz zur Ernährung und Verpflegung in seiner Wohnung von der Leistung des Unterhaltsgeldes für das zweite Kind frei zu bleiben verlangt. Da nach dem Obigen der Unterhaltsbetrag nur mit Berücksichtigung der geringen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Beklagten, wie geschieht, bedeutend ermäßigt wird, so kann derselbe nicht als das Bedürfniß vollständig deckend angesehen und es kann die Ernährungslast des anderen Kindes der vermögenslosen Mutter der beiden Kinder nicht allein aufgebürdet werden.

Dagegen erscheinen die von den vorderen Gerichten geltend gemachten Gründe dem Gerichtshof nicht genü-

Digitized by Google

gend, um dem Vater die ihm vom Gesetz im geeigneten Falle gewährte Befugniß, seiner Ernährungspflicht durch Aufnahme des anerkannten Kindes, hier des älteren Kindes Ignaz in seine Wohnung zu erfüllen und so die ihm obliegende Last füglichst zu erleichtern, zu entziehen. Der Satz, daß die Kinder am Besten bei der Mutter erzogen werden und in der Regel bei dieser zu ernähren und zu erziehen sind, kann in seiner Allgemeinheit, namentlich was die Knabenerziehung betrifft, nicht anerkannt werden und findet insbesondere im badischen Gesetz keine Begründung und Stütze. Vergl. z. B. L.R.S. 267.

Wenn bei anderen ernährungspflichtigen Angehörigen nach L.R.S. 210 die Gestattung der Aufnahme der Unterhaltsberechtigten in ihre Wohnung zur Ernährung und Verpflegung davon abhängig gemacht ist, daß Erstere nicht im Stande sind, ein Unterhaltsgeld zu zahlen, so findet dagegen nach richtiger Auffassung des Gesetzes, gemäß der damit zu vergleichenden Vorschrift des L.R.S. 211 die genannte Beschränkung auf Vater oder Mutter nicht unbedingt Anwendung.

Toullier, droit civil t. 1 nro. 613,
Vazeille, traité du mariage nro. 515,
Marcadé, explication du code civil ad art. 210. 211 Note I.,
Démolombe, mariage, serie 2 nro. 58 seq. f. auch
Brauer, Erläuterungen Band 1 S. 194. 195.

Nach den Verhältnissen des vorliegenden Falls, namentlich im Hinblick auf die in Bezug auf die wegen Ausführbarkeit der Ernährung und Erziehung des Sohnes Ignaz erbrachten Nachweise ist dem Beklagten die in Frage stehende billige Erleichterung nicht zu versagen, vielmehr ihm freizustellen, den Knaben Ignaz, wenn er dieses statt Zahlung des Unterhaltsbetrages von 30 kr. vorzieht, in seiner Wohnung zu ernähren und zu erziehen.

In soweit ist seine Beschwerde für begründet zu erachten und das angefochtene Urtheil hienach abzuändern.

Die Prozeßkosten sind der Sachlage entsprechend gemäß Pr.O. §. 169. 170. 172 insgesammt wettzuschlagen.

Bzgr.

145.

Der §. 493 des Str.G.B. steht bezüglich des falschen handgelübdlichen Zeugnisses mit den Bestimmungen der Str.Pr.O. vom 18. März 1864 über die Hauptverhandlung, sofern solche vor dem Amtsrichter als Einzelrichter stattfindet, nicht im Einklang.

J. U.S. gegen Lammwirth Johann Müller von Gaisbach wegen Weinaccisdefraudation erkannte durch Urtheil vom 27. Juli 1869 das großh. Amtsgericht Oberkirch den Genannten der Weinaccis- und Ohmgelddefraudation von 10 Ohm Traubenwein für schuldig und verurtheilte ihn deßhalb zur Nachzahlung der Weinsteuer mit 40 fl. und Entrichtung des Vierfachen im Betrage von 160 fl. Die Verurtheilung erfolgte auf Grund des Ergebnisses einer Hauptverhandlung, in welcher der Amtsrichter — ohne Zuzug von Schöffen — unter Assistenz des Actuars als Richter fungirte, ein Vertreter der Steuerbehörde und der Beschuldigte anwohnten. Die Zeugen, worunter auch Valentin Schmiederer von Gaisbach und dessen Ehefrau, wurden inhaltlich des Protokolls nach Verwarnung vor den Handgelübdebruchsstrafen durch vorschriftsmäßige Abnahme des Handgelübdes zur Angabe der Wahrheit verpflichtet. Die Entscheidungsgründe beginnen mit den Worten: „Als Begründung zu beurkunden," sind vom Amtsrichter ge- und unterschrieben. Inhaltlich derselben schöpfte das Gericht die Ueberzeugung, daß Lammwirth Müller im Februar d. J. aus dem Keller seines Nachbars Valentin Schmiederer 10 Ohm Wein in seinen Wirthschaftskeller verbrachte, ohne Accis und Ohmgeld dafür zu entrichten. Das Gericht erachtete diesen Beweis für erbracht, trotz entgegenstehender Aussage des Valentin Schmiederer und seiner Ehefrau, bezüglich derer beurkundet ist:

„Schmiederer und dessen Ehefrau, beide verhandgelübdet, bestreiten bestimmt, daß in diesem Jahr aus ihrem Keller irgend wie Wein in den Keller des Beschuldigten verbracht worden sei, und sie versichern, daß sie allen von ihnen im verflossenen Jahre gepflanzten Wein selbst getrunken haben."

Nachdem dieses Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, erschien am 5. August d. J. Valentin Schmiederer vor großh. Amtsgericht Oberkirch und erklärte, er und seine Ehefrau hätten über ihre in der Untersuchung gegen Lammwirth Müller gemachten Aussagen Gewissensbisse gefühlt, er wolle nunmehr der Wahrheit gemäß sagen, er habe in der That 8 Ohm Wein an seinen Nachbar,

Digitized by Google

den Lammwirth verkauft, welche im Februar d. J. durch Küfer Häuser aus seinem Keller in denjenigen des Lammwirths umgefüllt worden wären; der Lammwirth und Küfer Häuser hätten ihm keine Ruhe gelassen, bis er ihnen versprochen habe, den Verkauf und die Umfüllung des Weins in der Hauptverhandlung abzuleugnen, durch diese habe er sich hiezu verleiten lassen. Die Staatsanwaltschaft Offenburg beantragte auf Mittheilung dieser Selbstanzeige die strafgerichtliche Verfolgung des Valentin Schmiederer und dessen Ehefrau wegen wissentlich falschen handgelübdlichen Zeugnisses, des Lammwirths Müller und Küfers Häuser wegen Anstiftung hiezu. Die Untersuchung ergab hinreichenden Beweis zur Ueberführung sämmtlicher Angeschuldigten, mit Ausnahme der Ehefrau Schmiederer, gegen die drei Uebrigen wurde der Verweisungsantrag gerichtet.

Auf Anregung der Staatsanwaltschaft selbst erkannte jedoch unterm 21. Oktober d. J. die Raths- und Anklagekammer Offenburg:

Nach Ansicht des §. 493 des Str.G.B.;

In Erwägung, daß das hier in Frage liegende Zeugniß des Valentin Schmiederer vor einem Einzelrichter abgegeben, ein Protokoll über dieses abgelegte Zeugniß weder unterschrieben noch bestätigt worden ist,

wird gemäß §. 206 Ziff. 1 und 430 der Str.Pr.O.

ausgesprochen:

„daß der Angeschuldigte Valentin Schmiederer von Gaisbach von der Anschuldigung des Handgelübdebruchs und die Angeschuldigten Johann Müller von Gaisbach und Karl Häuser von Oberkirch von der Anschuldigung der Anstiftung zu dem Verbrechen des Handgelübdebruchs zu entbinden und dieselben von den Kosten des Strafverfahrens freizusprechen seien."

Diese Entscheidung, wie grell sie mit der erwiesenen Schuld und dem aus freien Stücken abgelegten Geständniß des Hauptangeschuldigten in Widerspruch stehen mag, erscheint nach bestehendem Gesetze gerechtfertigt; lediglich aus formellen Gründen mußte die Entbindung von der Anschuldigung erfolgen. Das Verfahren des Amtsgerichts war, abgesehen davon, daß bei dem dringenden Verdacht des falschen Zeugnisses die Aufnahme eines besonderen Protokolls angezeigt gewesen wäre, correct.

Nach §. 304 der Str.P.O., verglichen mit Ziff. 27 der Beilage I. zur Gerichtsverfassung, hatte die Aburtheilung auf Grund einer öffentlichen und mündlichen Hauptverhandlung ohne Beizug von Schöffen zu erfolgen; die Verhandlung war im vorliegenden Falle nach Maßgabe der §§. 308 ff., verglichen mit §. 301 der Str.P.O. vor sich gegangen, das Protokoll hatte den in §. 259 der Str.P.O. bezeichneten Inhalt — siehe auch §. 17 und 18 der Instruction für die Amtsgerichte in amtsgerichtlichen Strafsachen; — es genügte, daß der Amtsrichter allein, ohne Beglaubigung des Aktuars, die Entscheidungsgründe, worin die Aussagen der Zeugen enthalten waren, fertigte und unterschrieb, die Aussage des Zeugen Valentin Schmiederer war weder im Protokolle niederlegt noch unterschrieben. Es fehlte hiernach ein nach §. 493 des Str.G.B. wesentliches Merkmal des Thatbestandes des falschen Zeugnisses, nämlich die Unterschrift oder Bestätigung desselben. Der Schlußsatz des §. 493 konnte keine Anwendung finden, da höchstens die Schöffengerichte als Gerichtshof im Sinne desselben zu betrachten sind — (Annalen 34 S. 363) — nicht aber der Amtsrichter, der unter Beisitz des Actuars verhandelt.

Dieser Fall zeigt eine Lücke des Gesetzes, das ältere Strafgesetz steht mit den neueren strafprozessualischen Bestimmungen nicht im Einklang, das Strafgesetz ist auf das öffentliche und mündliche Verfahren vor dem Einzelrichter — Ziff. 27 und 28 der Beilage I. zur Gerichtsverfassung — nicht berechnet.

Die Bestimmung des §. 493 des Str.G.B. ist eine von den Gesetzbüchern anderer Staaten abweichende; Puchelt, bad. Strafgesetz, Bem. 7 zu §. 493; unser Fall zeigt, welche Unzuträglichkeiten sie in der Praxis mit sich führt, und drängt zur Erwägung, ob nicht richtiger das Gesetz es als eine — durch jedes Beweismittel zu erbringende — Beweisfrage auffaßt, ob der Eid oder das Handgelübde abgeleistet und damit das Verbrechen consumirt wurde. Der Mangel harmonischen Ineinandergreifens des Strafgesetzes und Strafprozesses wird vorderhand die Amtsgerichte auf die Nothwendigkeit hinweisen, in denjenigen Fällen, in welchen sie als Einzelrichter öffentlich und mündlich verhandeln, sobald sich Verdacht eines wissentlich falschen Zeugnisses ergibt, die betreffenden Aussagen zu protokolliren.

Dr. Cadenbach.

Digitized by Google

146.

Unterſchied zwiſchen Diebſtahl und Unterſchlagung.

1) Wenn der Arbeiter die von ſeinem Dienſtherrn erhaltenen Gegenſtände (z. B. Farben zum Anſtreichen) nicht bei ſeinem Dienſtherrn zu verwenden hat, ſondern an einem entfernten Orte, ſo liegt in der widerrechtlichen Aneignung kein Diebſtahl, ſondern eine Unterſchlagung.

2) In dem rechtswidrigen Anbieten zum Verkaufe liegt keine Aneignung, mithin bildet es nur den Verſuch der Unterſchlagung.

So erkannte das Kreisgericht Heidelberg als Strafkammerabtheilung des Kreis- und Hofgerichts Mannheim durch rechtskräftiges Urtheil vom 14. Januar 1869, J. A.S. gegen Frühholz und Frank und iſt den nachfolgenden Gründen nur beizufügen, daß Anklage und Verweiſung auf Diebſtahl und zwar gegen Frühholz auf dritten Diebſtahl gelautet hatte, nach dem Urtheile aber Beide nur zu einer Amtsgefängnißſtrafe von vierzehn Tagen verurtheilt wurden.

Gründe.

Tüncher Jakob Ober von hier, übernahm das Anſtreichen der Bahnwarthäuschen auf der Linie von Meckesheim bis Rappenau, und ließ dieſes Geſchäft im Oktober v. J. durch ſeine Arbeiter beſorgen, zu denen insbeſondere auch Benedikt Frühholz von Oberbiberg und Georg Frank von hier gehörten.

Nach dem eigenen Geſtändniß dieſer 2 Angeklagten — womit auch die Zeugenausſagen übereinſtimmen — haben ſich dieſelben verabredet, von der Farbe des Tünchers Jakob Ober für ſich zu verkaufen, und es iſt durch die Ausſagen der Zeugen Georg Friedrich Loos, Eliſabeth Hofſtetter, Johann Schneider, deſſen Ehefrau, Martin Mack und die Zugeſtändniſſe der beiden Angeklagten dargethan, daß ſie obiger Verabredung gemäß zu wiederholten Malen von der Farbe des Ober verſchiedenen Perſonen zum Kaufe anboten. Die Menge der angebotenen Farbe iſt nicht genau ermittelt worden, beträgt aber nach den Angaben der Zeugen (nämlich der Eliſabeth Hofſtetter, des Johann Schneider und Martin Mack) mindeſtens 6 Pfund im Werth von 10 fl. 48 kr.

Die Angeklagten widerſprechen auf das Beſtimmteſte, daß ſie von der Farbe wirklich verkauft haben, auch hat die Hauptverhandlung für dieſe Thatſache einen hinreichenden Beweis nicht geliefert.

Was die rechtliche Beurtheilung der den Angeklagten zur Laſt fallenden That betrifft, wegen deren der Beſchädigte Jakob Ober die ſtrafgerichtliche Verfolgung beantragt hat, ſo muß im Allgemeinen zwar anerkannt werden, daß wenn Dienſtboten oder Arbeiter, welche in der Wohnung ihres Dienſtherrn unter ſeiner unmittelbaren Aufſicht Sachen deſſelben bei ihren Arbeiten zu benützen haben, damit dieſe Gegenſtände noch keineswegs aus der Innehabung der Dienſtherrſchaft in diejenige der Dienſtleute übergehen, und daß dieſe Letzteren durch die Zueignung ſolcher Gegenſtände ſich folglich eines Diebſtahls und nicht einer Unterſchlagung ſchuldig machen. Annalen Bd. 18 S. 140. 249, Annalen 19 S. 28—29, Annalen 21 S. 192. Allein anders verhält es ſich in einem Falle, wie er hier vorliegt, wo die Dienſtleute nicht in der Wohnung oder der unmittelbaren Aufſicht des Dienſtherrn, ſondern an entfernten Orten und in ſeiner Abweſenheit, die betreffenden Sachen deſſelben benützen ſollen, und wo ſie ihnen zu dieſem Behufe übergeben und anvertraut werden mußten. Hier ſind die den Dienſtleuten zur Benützung übergebenen Gegenſtände in die Innehabung derſelben übergegangen, und befindet ſich der Dienſtherr nicht mehr in der Innehabung, da er nicht im Stande iſt, ſie jeder Zeit wieder an ſich zu nehmen, wie er dies zu thun vermag, wenn die Arbeiter in ſeiner Wohnung oder unter ſeiner Aufſicht beſchäftigt ſind.

Die Annahme einer Unterſchlagung ſtatt eines Diebſtahls entſpricht offenbar auch der Auffaſſung der Betheiligten, wie ſich daraus ergibt, daß Tüncher Jakob Ober bei ſeiner Einvernahme von der Veruntreuung anvertrauter Gegenſtände ſprach, die bei der Unterſchlagung überhaupt, und bei der nach richtiger Anſicht (Puchelt Str.G.B. S. 594 Bemerkung 5) hier vorliegenden Hausunterſchlagung noch beſonders (Oberhofg. in Annalen 35 S. 11) erforderliche Anzeige des Beſchädigten ergibt ſich aus den verleſenen Protokollen vom 2. November 1868 und vom 9. Januar 1869. Die That der Angeklagten iſt keine vollendete Unterſchlagung, ſondern nur ein Verſuch derſelben. Sie haben nämlich nur den Willen kund gegeben, die übrige Farbe für ſich zu veräußern und damit, in der Abſicht, dieſelben ſich zuzueignen, ſie dem Eigenthümer ohne Erſatz zu entziehen. Die nach Str.G.B. §. 400 zur Vollendung der Unterſchlagung

Digitized by Google

erforderliche wirkliche Zueignung ist aber noch nicht erfolgt. Denn zur Zueignung gehört eine wirkliche und thatsächliche Aufhebung der Rechte des Eigenthümers, so daß derselbe aufhört, Eigenthümer zu sein und der Thäter es wird, im vorliegenden Falle aber ist es nicht so weit gekommen, da die Angeklagten nicht die Farbe verkauft, sondern nur zum Verkaufe angeboten, wobei es denselben nicht sowohl um die Erwerbung der Farbe selbst, als um den Erlös daraus zu thun war, so daß sie überhaupt nur für den Fall einer sich darbietenden Gelegenheit zur Veräußerung — die Absicht der Veruntreuung hatten. Andererseits liegt aber auch in dem Zurückgeben der Farbe nach den mißlungenen Verkaufsversuchen kein freiwilliges Aufgeben des Versuches, da dies nur geschah, weil die Angeklagten wegen äußerer Gründe ihre Absicht nicht ausführen konnten.

Bei Ausmessung der Strafe des Angeklagten Johann Frank hat man erhöhend dessen Alter in Betracht gezogen, vermöge dessen nicht angenommen werden kann, daß er aus Mangel an Ueberlegung und ohne die volle Einsicht in die Strafbarkeit seiner That gehandelt habe.

Benedikt Frühholz ist schon zweimal, am 20. Januar und am 14. September 1867, wegen Diebstahls verurtheilt worden, so daß er sich zugleich des zweiten Rückfalles in ein gleichartiges Verbrechen schuldig gemacht hat. Wäre die Anschuldigung nicht auf Diebstahl, sondern Unterschlagung gerichtet worden, so würde diese Strafsache durch das Amtsgericht abgeurtheilt und der schon seit dem 3. November v. J. dauernde Untersuchungsverhaft des Frühholz erheblich abgekürzt worden sein. Wenn nun auch mit Rücksicht auf die abweichenden Rechtsansichten, die bei Beurtheilung von Fällen der vorliegenden Art obwalten, eine rechtswidrige oder ohne Verschuldung des Angeklagten Frühholz verlängerte Untersuchungshaft nicht angenommen werden kann, so war dieselbe immerhin nach §. 158 des Str.G.B. strafmindernd in Betracht zu ziehen und hielt man deßhalb eine Strafe von nur 14 Tagen Amtsgefängniß auch bei dem Angeklagten Frühholz für angemessen.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht der §§. 400 ff., 403 Ziff. 1, 405. 406. 125. 106. 112. 180. 183 ff., 150 ff., 158 des Str.G.B. und der Str.P.O., §. 426. 428 wegen der Kosten ist, wie geschehen, erkannt worden.

Dr. Puchelt.

147.

Noch einmal die Frage: Ist der Maximalbetrag, welcher einer Pensionsberechnung zu Grund gelegt werden darf, 4500 fl. oder nur 3600 fl.? *)

Das großh. Finanzministerium hat das Gesetz vom 3. August 1844 dahin lautend:

> „Von Besoldungen und Besoldungszulagen, welche Civil- und Militairdienern seit dem 1. Januar 1832 verliehen worden sind oder künftig verliehen werden, ist bei Ermittelung der Pension solcher Diener ein Fünftel außer Rechnung zu lassen, ebenso der ganze Betrag, um welchen ihre Besoldung die Summe von 4500 fl. übersteigt",

bei Anweisung der Pensionen höchstbesoldeter, erst seit dem Jahr 1832 angestellter und in Besoldung getretener Staatsdiener (einer durch die früheren Finanzgesetze herbeigeführten Rechnungsmanipulation ausnahmslos ihren Lauf lassend) bisher in der Art vollzogen, daß es von der Gesammtbesoldung des Dieners vor Allem den Ueberschuß über 4500 fl. und von dieser Restsumme sodann weiter ein Fünftel in Abzug brachte. Die Besoldung eines Ministerialpräsidenten im Betrag von 6000 fl. reducirte es vor Allem auf 4500 fl., zog von diesen sodann $^1/_5$ mit 900 fl. ab, und legte den Restbetrag von 3600 fl. der Pensionsberechnung zu Grunde. Diese Berechnungsweise darf wohl als eine irrige, der gesetzlich gestellten Rechnungsaufgabe nicht entsprechende, bezeichnet werden. Allerdings muß, letzterer gewäß, der ganze Betrag, um welchen die Besoldung des Dieners die Summe von 4500 fl. übersteigt, bei Ermittelung der Pension außer Rechnung bleiben, aber die Größe, welche das Gesetz ausdrücklich als diejenige bezeichnet, von welcher bei Ermittelung der Pension ein Fünftel außer Rechnung bleiben soll, besteht nicht aus dem sodann sich ergebenden Besoldungsrest, sondern wird gebildet durch „Besoldung und Besoldungszulagen, welche dem Diener seit 1832 verliehen worden sind", also durch alle seit 1832 verwilligten,

---

*) Erörterungen hierüber enthalten bereits die Annalen Bd. XXXIII. No. 14. 15. Da jedoch die Frage praktisch ist, und erst eine per majora ergangene Entscheidung des obersten Gerichtshofs vorliegt, die nicht als maaßgebendes Präjudiz für alle Zeiten gelten kann, so scheint uns eine übersichtliche Darstellung der Sach- und Rechtslage gerechtfertigt.

Digitized by Google

die Besoldung des Dieners integrirenden Besoldungstheile. Die seit 1832 verwilligten Besoldungstheile sind es, von welchen das Fünftel, und das überhaupt verwilligte Besoldungsganze ist es, von welchem der Ueberschuß über 4500 fl. entfernt werden soll, wobei natürlich von den Theilen des Ganzen nichts außer Rechnung gelassen werden kann, ohne daß es zugleich von dem Ganzen selbst außer Rechnung fällt. Das Gesetz kann nur so vollzogen werden, daß von sämmtlichen, dem Diener seit 1832 verwilligten Besoldungsbeträgen Ein Fünftel und nebstdem weiter alles abgezogen wird, was nöthig ist, damit von der Gesammtbesoldung des Dieners auch der ganze die Summe von 4500 fl. übersteigende Betrag beseitigt sei. Von der Besoldung von 6000 fl., welche einem höheren Staatsdiener seit 1832 in verschiedenen Abtheilungen verliehen worden ist, sind demnach die betreffenden Fünftel mit 1200 fl. außer Rechnung zu stellen, wonach von der Gesammtbesoldung noch 4800 fl. in Rechnung verbleiben, von denen weitere 300 fl. beseitigt werden müssen, damit auch der ganze Betrag, um welchen die Besoldung die Summe von 4500 fl. übersteigt, aus der Rechnung gebracht sei. Dies scheint uns die einzig richtige Lösung der im Gesetze klar und unzweideutig gestellten Rechnungsaufgabe. Der Mathematiker wird sagen: jede andere ist mathematisch unmöglich.

Demungeachtet haben die Gerichte — denen ein einzelner streitig gewordener Fall zur Entscheidung überwiesen wurde — in dem Wortlaut des Gesetzes eine Zweideutigkeit finden zu können geglaubt und die Berechnungsweise des großh. Finanzministeriums als begründet erkannt, und zwar deßwegen, weil sie den in den früheren Finanzgesetzen enthaltenen Bestimmungen entspreche, und die großh. Regierung beim Entwurf des Gesetzes von 1844 keine Aenderung dieser Bestimmungen beabsichtigt habe, während auch die beiden Ständekammern, bei Genehmigung desselben, von der Unterstellung einer bloßen „Redactionsveränderung" ausgegangen seien, unter diesen Verhältnissen aber die Absicht des Gesetzgebers entscheiden müsse.

Das großh. Finanzministerium hat daher nunmehr bezüglich seines Verfahrens sogar ein für einen einzelnen Fall erlassenes gerichtliches Erkenntniß für sich. Wir behaupten aber, daß es, trotz dem, auf diesem Verfahren für die Zukunft wohl nicht wird bestehen können, weil dasselbe nicht nur dem unzweideutigen Wortlaute des Gesetzes von 1844, sondern ebenso auch der aus den ständischen Verhandlungen klar hervorgehenden Absicht des Gesetzgebers direct widerspricht und sich die Nachweisung hievon sehr leicht und mit solcher überzeugender Kraft geben läßt, daß jeder Zweifel schwinden muß.

Diese Nachweisung zu liefern und damit auf den gebührenden Vollzug des Gesetzes hinzuwirken, ist der Zweck der nachfolgenden Ausführung.

Daß das Gesetz von 1844 keine Zweideutigkeit enthält, sondern bezüglich einer, in ihrem vollen Betrag erst seit dem Jahr 1832 zur Bewilligung gekommenen Besoldung von 6000 fl., mit mathematischer Nothwendigkeit die Summe von 4500 fl. als Grundlage zur Pensionsberechnung bestimmt, ist oben bereits dargethan. Nicht um den gegebenen Beweis zu vervollständigen, vielmehr um ihn zu vervielfältigen, um ihn auch noch in anderer, vielleicht ansprechenderer Form zu geben, wollen wir noch beifügen:

Als minuendus, von welchem bei Ermittelung der Pension ein Fünftel seines Betrags entfernt werden soll, sind im Gesetz „Besoldungen und Besoldungszulagen, welche seit dem 1. Januar 1832 verliehen worden sind," bezeichnet. Rücksichtlich dieses minuendus ist nichts zu ermitteln, er ist durch das Gesetz mit mathematischer Präcision gegeben, und muß genommen werden, wie er gegeben ist. Genügt der dadurch vorschriftgemäß eintretende Abzug nicht, um auch den ganzen die Summe von 4500 fl. übersteigenden Besoldungsbetrag — welcher bei Ermittelung der Pension, ebenso wie das bezeichnete Fünftel, außer Rechnung gebracht werden soll — vollständig zu beseitigen, so muß eine weitere Reduction auf diese Summe stattfinden; nimmermehr aber kann es statthaft sein, den Besoldungsrest von 4500 fl. als den minuendus zu behandeln, von welchem das Gesetz ein Fünftel beseitigt haben will. Man darf bei Rechnungsaufgaben einer gegebenen, ganz bestimmt bezeichneten Größe nicht eine völlig verschiedene substituiren. Freilich suchen, im Widerspruch hiermit, die Gerichte — und zwar jede der drei gerichtlichen Instanzen auf einem andern Wege — die Nachweisung zu geben, daß der Wortlaut des Gesetzes auch eine Berechnung der von der bewilligten Besoldung zu bewirkenden Abzüge zulasse, zu Folge welcher nicht 4500 fl., sondern nur 3600 fl. als Grundlage für die Pensionsbe-

Digitized by Google

rechnung erübrigen; aber alle drei Nachweisungen dürften wohl mit Grund als mißlungen bezeichnet werden. *)

In sofern übrigens der Richter für berechtigt erachtet wird, auch im Widerspruch mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes sein Erkenntniß zu fällen, wenn er von der Absicht des Gesetzgebers besser unterrichtet zu sein glaubt, als das Gesetz selbst sie ausspricht, müssen wir allerdings weiter nachweisen, daß der Gesetzgeber dasjenige wirklich auch sagen wollte, was das Gesetz von 1844 unzweideutig sagt, und daß es nicht — wie die Gerichte voraussetzen — seine Absicht war, ganz genau nur alles dasjenige wiederzugeben, was sich aus den früheren Finanzgesetzen folgern ließe. Nichts ist leichter und einfacher, als diese Nachweisung zu liefern, und zwar überdies in einer Weise, welche selbst diejenigen befriedigen muß, die von der Ansicht ausgehen, der Gesetzgeber sei bei Erlassung beider Gesetze nur von den gleichen Motiven geleitet worden. Die Vollzugsbehörde und die Gerichte scheinen nicht sowohl darin fehl zu gehen, daß sie dies annehmen, als darin, daß sie den correcten und klaren Ausdruck der gesetzgeberischen Absicht in den Artikeln des früheren Finanzgesetzes und nicht in dem neueren, an ihrer Statt vereinbarten Gesetze von 1844 suchen und finden.

Die ständischen Verhandlungen ergeben nämlich ganz klar, daß sich in die frühern Finanzgesetze, in Folge eines Redactionsversehens, eine Bestimmung eingeschlichen hatte, welche zu erlassen niemals in der Absicht des Gesetzgebers lag, und daß die Abänderung, welche das Gesetz von 1844 gegen das frühere Finanzgesetz enthält, gerade deßhalb getroffen wurde, um der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers gerecht zu werden, d. h. um dasjenige correct auszusprechen, was man schon bei Erlassung des Finanzgesetzes beabsichtigt hatte. Dies beweisen wir, wie folgt:

Der Artikel, welchen der Finanzminister zur Aufnahme in das Finanzgesetz von 1831 vorschlug, lautete (harmonirend mit dem jetzt geltenden, nur noch etwas concifer gefaßten Gesetze von 1844):

„Von allen Besoldungen der Civilstaatsdiener, welche nach dem 1. Januar 1832 werden verliehen werden, ist der fünfte Theil, und im Falle die übrigen $^4/_5$ die Summe von 4500 fl. übersteigen, auch der weitere Betrag Funktionsgehalt und kommt bei der Berechnung der Pension nicht in Ansatz." Dasselbe gilt von Besoldungszulagen u. s. w."

Dieser Artikel wurde durch die Budgetscommission der II. Kammer von 1831 — mit Bezugnahme auf eine angebliche mündliche Aeußerung des Finanzministers und mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß man damit nur eine den Zweck deutlicher bezeichnende Fassung vorschlagen wolle, in 6 verschiedene Sätze gespalten und dabei — soweit er auf die wenigen, die Summe von 4500 fl. übersteigenden Besoldungen Bezug hat — durch die am 29. Dezember erfolgte Genehmigung des Finanzgesetzes dahin abgeändert:

Von Besoldungen über 4500 fl. ist der fünfte Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag Funktionsgehalt."

Daß der Artikel in dieser Fassung eine in das Dieneredict eingreifende, vom Finanzminister ausdrücklich für unzulässig erklärte Herabsetzung des gesetzlichen Pensionsmaximums von 4000 fl. auf 3600 fl. involvirte, wurde dabei gar nicht wahrgenommen, wie durch andere gleichzeitige Beschlüsse der Kammer zur Evidenz hergestellt ist. Die Kammer hatte nämlich:

1) bereits in ihrer Adresse vom 19. Dezember 1831 (Stände-Verhdl. 10. Beilageheft S. 646) anerkannt, daß die ihr wünschenswerth scheinende Herabsetzung des Pensionsmaximums von 4000 fl. eine nur durch ein Verfassungsgesetz zu bewirkende, auf diesem Landtage nicht mehr zu erzielende Modification des Dieneredicts sei; auch nahm sie
2) am 30. Dezbr. 1831 (St.Verh. 37. Heft S. 212), also nachdem Tags zuvor das Finanzgesetz, mit seiner das Pensionsmaximum der Civildiener dem Wortlaute nach auf 3600 fl. herabsetzenden Bestimmung bereits genehmigt worden war — noch ein Pensionsmaximum von 4000 fl. in die neue Militairdiener-Pragmatik auf, lediglich in der Absicht, die Militärdiener mit den Civildienern auch in Beziehung auf dieses Maximum gleich zu stellen; erbat sich aber
3) an eben diesem Tage (Ständ.Verh. 37. Heft S. 352), durch eine besondere Adresse für den nächsten Landtag einen Gesetzentwurf, durch welchen die höchste Pension für beide Classen

*) Eine Kritik des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 24. Dezbr. 1866 enthält No. 15 der Annalen 1867.

Digitized by Google

von Dienern, gegen die bisherige Summe von 4000 fl. gemindert werden wolle.

Eine Kammer, welche am 30. Dezember unter solchen Motiven solche Beschlüsse faßt, konnte sich offenbar dessen nicht bewußt sein, daß sie — mit einer Machtvollkommenheit, die sie selbst niemals in Anspruch genommen — die wirkliche und alsbaldige Herabsetzung des Pensionsmaximums der Civildiener auf 3600 fl. am 29. Dezember in das Finanzgesetz bereits eingetragen hatte. Es ist dies logisch unmöglich, ebenso wie es nach dem früher Gesagten, mathematisch unmöglich ist, daß das Fünftel aller Besoldungstheile gleich ist dem Fünftel eines Besoldungsrests. Dieser Punkt ist sehr wichtig. Er enthält wohl den vollständigen Beweis, daß der nur durch eine Berechnung evident werdende Eintrag einer Herabsetzung des verfassungsmäßigen Pensionsmaximums auf einem Redactionsversehen beruht, und daß es der Kammer ebenso ferne lag wie der Regierung, eine solche durch das Finanzgesetz aussprechen zu wollen.

Uebrigens war die fragliche improvisirte, der Intention widersprechende Bestimmung im Finanzgesetz von 1831 ohne alle Bedeutung und nicht der Mühe werth, darüber auch nur Ein Wort zu verlieren; sie hätte ja nur auf höchste Staatsbeamte Anwendung finden können, die nach dem 1. Januar 1832 erst noch zu ernennen und vor Jahresschluß wieder zu pensioniren gewesen wären.

Sie mußte, da sie alle vor 1832 erfolgten Besoldungsverwilligungen ganz unberührt ließ, auch bei budgetmäßiger Erneuerung, auf eine lange Reihe von Jahren hin ganz unpraktisch bleiben, und es trat wirklich bis zum Jahr 1844 kein thatsächliches Verhältniß ein, bei welchem sie zur wirksamen Anwendung hätte kommen können. Daß man aber im Jahr 1844, als es sich, bei fortdauernder Verzögerung der beabsichtigten Vereinbarung über ein neues Dieneredict, davon handelte, die Bestimmungen des Finanzgesetzes durch ein besonderes, auf längere Zeit hin wirkendes Gesetz zu ersetzen, dafür sorgen mußte, diesem eine Fassung zu geben, bei welcher die fehlerhafte Bestimmung auch für die Zukunft nicht wirksam werden konnte, dürfte sich von selbst verstehen. Daß ihm wirklich eine solche Fassung gegeben wurde, beweist der Wortlaut des neuen Gesetzes, und daß dies absichtlich geschehen, läßt sich — sofern man in dieser Beziehung den Wortlaut des Gesetzes nicht gelten lassen will — abermals aus den ständ. Verhandlungen leicht, wie folgt, nachweisen.

In der Begründung, mit welcher der Finanzminister den Gesetzentwurf von 1844 vorlegte, bemerkte er, eine Vergleichung desselben mit den Artikeln des Finanzgesetzes werde zeigen, daß alle wesentlichen Bestimmungen des Letztern aufrecht erhalten werden sollen; dies hinderte ihn aber nicht beizufügen, daß „bedeutendere Veränderungen," namentlich im Artikel 1 gegen den frühern Artikel 8, eingetreten seien. Dieser Artikel spreche in Einem Satze alles aus, was im Finanzgesetz in fünf Sätzen gesagt sei, nur fehle:

1) die Bestimmung, wonach der Diener bei einer Versetzung den bisherigen Funktionsgehalt verliere und
2) das Wort „Funktionsgehalt," welches als „nicht ganz adäquat" überhaupt weggefallen sei.

Der Finanzminister erörterte unmittelbar hierauf die Folgen, welche aus der Unterdrückung des Wortes „Funktionsgehalt" hervorgehen, und zwar für den hier in Betracht kommenden Satz 3 dahin, daß durch den „bestimmten einfachen Ausspruch," der an die Stelle der frühern Bestimmungen tritt, rücksichtlich des überhaupt außer Rechnung bleibenden Fünftels, das „Fünftel der seit dem Jahr 1832 verliehenen Besoldung" bei Besoldungen über 4500 fl. das bisher in Abzug gekommene „Fünftel dieser Summe" ersetze. Natürlich! Wenn der Ueberschuß über 4500 fl. nicht mehr Funktionsgehalt ist, sondern wieder zur bewilligten Besoldung selbst gehört, so kann das von der Besoldung zu entnehmende Fünftel unmöglich das Fünftel des Besoldungsrests von 4500 fl. sein. Hier ist also die Frage, welche als streitig betrachtet werden will, auch in den Motiven zum Gesetz mit ausdrücklichen Worten entschieden.

Consequent hiermit bezeichnet und motivirt der Finanzminister als weitere Folgen der Unterdrückung des Wortes Funktionsgehalt:

a) das Wegfallen der Bestimmung des Finanzgesetzes welche lautete: „in die Wittwenkasse werden die Diener demungeachtet mit ihrer vollen Besoldung aufgenommen," da sie durch die neue Fassung „überflüssig" werde und
b) das bereits erwähnte Wegfallen der Bestimmung, wonach der Diener bei einer Versetzung in seinen Bezügen reducirt werden konnte, da dies verfassungsmäßig nur möglich gewesen, so lange das

Digitized by Google

Finanzgesetz den die Summe von 4500 fl. übersteigenden Besoldungstheil als nicht zur Besoldung zählend und die Bewilligung einer diese Summe übersteigenden Besoldung für unzulässig erklärt hatte.

Die beiden Kammern der Ständeversammlung, welchen sehr wohl erinnerlich war, daß sie eine Herabsetzung des verfassungsmäßigen Pensionsmaximmus durch das Finanzgesetz niemals hatten aussprechen wollen, und daß von der Beseitigung einer verfassungsmäßigen Bestimmung hier überhaupt nicht die Rede sein konnte, fanden natürlich gegen die bezeichneten Abänderungen nichts einzuwenden, und bezogen sich bei ihrer Genehmigung lediglich auf die Regierungsmotive.

Richtig ist, daß der Finanzminister bei der Motivirung des Art. 1 bemerkte, die Stände würden anerkennen, daß die neue Redaction eine Verbesserung sei, und richtig ist, daß diese Anerkennung auch bereitwilligst in den Commissionsberichten beider Kammern ausgesprochen ward.

Eine Verbesserung ist sie unleugbar. Wenn fünf ausgedehnte Sätze — wenn auch mit einigen kleinen speciell hervorgehobenen Modificationen — in einem einzigen Satze wiedergegeben werden, so darf man wohl von einer Redactionsverbesserung sprechen. Die neue Redaction ist eine Verbesserung schon deßwegen, weil sie eine kürzere ist. Ob die gesetzgebenden Faktoren sie auch darum eine verbesserte Redaction nannten, weil sie eine Bestimmung, nämlich die Herabsetzung des verfassungsmäßigen Pensionsmaximums, wieder aus dem Gesetze entfernt, die nachgewiesenermaaßen unabsichtlich und nur durch ein Redactionsversehen Aufnahme in dasselbe gefunden hatte, mag dahin gestellt bleiben. Den Verhältnissen widersprechend wäre dies nicht, ja es ist wahrscheinlich und jedenfalls viel natürlicher als die Annahme, daß die gesetzgebenden Faktoren, das im Finanzgesetz ganz bestimmt bezeichnete Fünftel des Besoldungsrests von 4500 fl., und das im neuen Gesetz ebenso bestimmt bezeichnete Fünftel der Besoldung selbst für identische Größen hielten, ja sogar in der Bezeichnung der letztern Größe eine verbesserte Redaction zur Bezeichnung der erstern erkannten. Mit dieser Annahme dürfte man denn doch den gesetzgebenden Factoren allzu nahe treten. Aber warum macht man derartige künstliche Deductionen nöthig? Es versteht sich doch wohl von selbst, daß die allgemeine Anerkennung einer Redactionsverbesserung diejenigen materiellen Modificationen wenigstens nicht ausschließt, welche als solche gleichzeitig ganz bestimmt hervorgehoben und motivirt werden. Schlösse das Wort „Redactionsverbesserung" — wie es hier gebraucht ist — Modificationen aus, so müßte man auch die eingetretene Modification, wonach versetzt werdende Diener in der Besoldnng nicht mehr reducirt werden können, in Abrede stellen, was Niemand eingefallen ist. Das vorkommende Wort „Redactionsverbesserung" beweist daher nichts gegen den sonstigen Inhalt der Motivirung und gegen die oben gegebene Darstellung.

Diese Darstellung findet nun aber eine weitere Bestätigung in dem Umstande, daß die Regierung in den Entwurf von 1844 noch einen Artikel folgenden Inhalts:

„Pensionen über 4000 fl. sollen nur wegen außerordentlicher Verhältnisse bewilligt werden; auch ist die Bewilligung an ständische Zustimmung geknüpft",

aufgenommen und zur Motivirung desselben (Ständ.Verh. von 1843 II. K. 8. B.Heft lit. a S. 82) unter Berufung auf das „gesetzmäßige Maximum, auf welches höhere Staatsbeamte nach §. 9 des Dieneredikts einen Rechtsanspruch haben" — bemerkt hatte: „Dieser Artikel spricht klar aus, was man bei dem Art. 13 des Finanzgesetzes beabsichtigte." „Der Ausdruck im Art. 13 „„Pensionen über den im Dieneredikt bestimmten Betrag"" ist nicht ganz angemessen." Hier ist also noch einmal mit dürren Worten gesagt, daß die Fassung des Finanzgesetzes in fraglicher Beziehung der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprach und deßhalb abgeändert ist, daß das Gesetz von 1844 sogar die ursprüngliche Absicht präciser constatirt und besser ausdrückt.

Wer wird nun noch daran zweifeln wollen, daß das Gesetz von 1844 nur Einer Auslegung fähig ist, und daß es nach seinem unzweideutigen Wortlaute vollzogen werden muß, nicht nur weil es das neuere Gesetz ist, sondern — wenn man will — zugleich auch deßwegen, weil es dasjenige klar ausdrückt, was man bei Erlassung des frühern Finanzgesetzes „beabsichtigt" hatte.

Mit der hier dargestellten Sachlage harmonirt der gesammte Inhalt der ständ. Verhandlungen von 1831 bis jetzt; jedwede Einwendung, die dagegen erhoben werden könnte, ist überzeugend zu widerlegen.

Digitized by Google

Noch glauben wir darauf aufmerksam machen zu müssen, daß der großh. Finanzminister die eingetretene Modification des Finanzgesetzes mit vollem Rechte als eine unwesentliche bezeichnet hat. Abgesehen davon, daß die fragliche Bestimmung noch gar nicht praktisch geworden war, konnte sie überdies auf den finanziellen Zweck des Gesetzes kaum einen Einfluß haben, da Besoldungen über 4500 fl. nur höchst selten verliehen werden. Am schlagendsten dürfte dies wohl daraus hervorgehen, daß gegenwärtig nur ein einziger Pensionär lebt, welcher durch das irrige Verfahren des großh. Finanzministeriums in seinen Rechten verletzt erscheint.

Bei der ganzen Sachlage bleibt nur Ein Punkt räthselhaft, nämlich: wie eine a priori feststehende mathematische Nothwendigkeit und eine damit übereinstimmende aus den ständischen Verhandlungen zu schöpfende apodictische Gewißheit, Gegenstand einer Streitfrage werden konnte.

Zur möglichen Erläuterung dieses Räthsels möchten wir hier noch ein Wort beifügen:

Das Verfahren des großh. Finanzministeriums, wonach das Fünftel nicht von der seit 1832 verwilligten Besoldung, sondern von einem auf 4500 fl. reducirten Besoldungsrest entnommen wird, beruht ursprünglich, ohne allen Zweifel, nicht auf einem aus Collegialberathung hervorgegangenen Beschluß, sondern nur auf einem Versehen der Kanzlei, die — ohne des Gesetzes von 1844 zu gedenken — das unter der Herrschaft der frühern Finanzgesetze üblich gewordene Schema auch bei Ausfertigung der Pensionsberechnungen höchstbesoldeter Diener irrthümlich noch ferner beibehielt. Dieses Versehen war, solange es sich nur um solche Diener handelte, die noch vor dem Jahr 1832 ihre Anstellung erhalten hatten, ohne praktische Bedeutung, und konnte daher leicht unbeanstandet und in Folge dessen auch von großh. Finanzministerium unbemerkt bleiben, fängt aber jetzt — wo auch später angestellte höchste Staatsbeamte zur Pensionirung gelangen — an, Rechtsverletzungen herbeizuführen.

Wenn die höchste Staatsbehörde auf erhobene Reclamation in ihrem Erlasse vom 8. April 1865, No. 283, aussprach, sie sei nicht in der Lage, dieses Verfahren abstellen und dem Gesetz von 1844 jetzt eine andere Auslegung geben zu können, so liegt in einem solchen Ausspruche eine gewiß nicht beabsichtigte Verläugnung aller ihrer früheren hierauf bezüglichen Handlungen und Kundgebungen. Wie wenig nämlich die großh. Regierung überhaupt je die Absicht hatte, das verfassungsmäßige Pensionsmaximum herabzusetzen, geht — abgesehen von der ganz bestimmten Erklärung des Finanzministers im Jahr 1831 — auch daraus schlagend hervor, daß sie in die, zur gewünschten Modification des Dieneredikts wiederholt vorgelegten Gesetzentwürfe — selbst die oben erwähnte ständische Adresse nicht berücksichtigend — das Pensionsmaximum constant mit 4000 fl. eingetragen hat. Ueberhaupt enthalten die ständischen Verhandlungen von 1831 bis jetzt keine Silbe von einer wirklich erfolgten Herabsetzung des dieneredictmäßigen Pensionsmaximums, dagegen der Beweise in Hülle und Fülle, daß man es, selbst von Seiten der Stände — jedenfalls bis zur fortdauernd in Aussicht genommenen und noch in Aussicht stehenden, auf verfassungsmäßigem Wege herbeizuführenden Modification des Dieneredikts — wollte fortbestehen lassen. Jener Ausspruch der höchsten Staatsbehörde von 1865 erklärt sich aber einfach daraus, daß das großh. Staatsministerium deßhalb, weil seine Mitglieder bei der principiellen Erledigung der entstandenen Frage nicht unbetheiligt sind, vorgezogen hat, ihre Entscheidung an die Gerichte zu verweisen, in der Ueberzeugung, daß diese schon das Rechte finden würden. Ist, was wir oben ausgeführt haben, richtig, so wäre freilich solchen formellen Bedenklichkeiten ein wohlbegründetes materielles Recht zum Opfer gefallen.

Sollte die großh. Regierung je die gleiche Rechtsfrage wieder an die Gerichte kommen lassen — gegenwärtig ist, wie gesagt, kein weiterer Staatsbeamter vorhanden, der durch eine derartige Berechnung seiner Pension verletzt worden wäre und klagend auftreten könnte — so wird dieselbe ohne Zweifel hier einer selbstständigen gründlichen Prüfung unterworfen werden, und diese — wir dürfen dies mit Sicherheit erwarten — zu einer der früheren entgegengesetzten Entscheidung führen.

Uebrigens ist anzunehmen, daß auch die großh. Regierung, wenn sie zu einem tiefern Eingehen auf diesen Gegenstand Veranlassung erhält, sich von der Unhaltbarkeit ihrer bisherigen Berechnungsweise überzeugen und in Folge hievon nicht darauf beharren wird; da sie ja kein anderes Interesse haben kann, als gesetzmäßig zu handeln. Auch hat die nicht gerechtfertigte unverhältnißmäßige Herabsetzung der gesetzlichen Pension höchster Staatsbeamter den weitern Nachtheil, daß sie gar leicht

Digitized by Google

Veranlaſſung wird, zu einer, dem Geiſte des §. 9 Ziff. 3 des Dieneredikts nicht entſprechenden, allzuhäufigen und für die dabei Betheiligten oft nur Verlegenheiten herbeiführenden Verwilligung von Gnadenpenſionen, wodurch der ſonſt hieraus der Staatskaſſe erwachſende geringe finanzielle Vortheil mehr als aufgewogen wird.

148.

Ueber §. 253 des Str.G.B.

Fälle des Verſuchs der Tödtung im Mutterleibe und der Abtreibung der Leibesfrucht.

Welche Strafgerichte ſind zuſtändig?

In der vor dem Schwurgericht in Mannheim des 3. Quartals 1869 verhandelten Anklagſache gegen Louiſe Lob von Valence und Katharina Wimmer von Heidelberg, wegen verſuchter Abtreibung der Leibesfrucht, war die Verweiſung auf Grund des §. 253 des Str.G.B. erfolgt und die Anklage auf Grund dieſes §es erhoben. Bei Berathung der an die Geſchworenen zu ſtellenden Fragen trat eine Meinungsverſchiedenheit darüber hervor, ob bei Anwendung des §. 253 des Str.G.B. die allgemeine Unterſcheidung zwiſchen beendigtem und nicht beendigtem Verſuch Platz greife.

Es war von Katharina Wimmer ein mechaniſches Mittel angewendet, ein zugeſpitzter Federkiel in die Geſchlechtstheile der L. Lob eingeführt worden, worauf eine ziemlich ſtarke Blutung eingetreten war, ohne daß jedoch die Leibesfrucht beſchädigt wurde. Die Angeklagte Lob hat vielmehr einen geſunden Knaben geboren, den ſie im Gefängniſſe ſtillte.

Der Zweck der Anwendung jenes mechaniſchen Mittels, nämlich die Durchbohrung der Eihäute in der Gebärmutter behufs des Abfluſſes des Fruchtwaſſers war ſonach nicht erreicht worden.

Der Gerichtsarzt ſprach ſich dahin aus, die Unterſtellung der Lob, der Stich mit dem Federkiel habe nur die Schaamlippen getroffen, ſei nach dem Ergebniß der körperlichen Unterſuchung wohl nicht richtig, vielmehr ſei nach der ſtarken Blutung mit Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß die Federſpitze zwar in den Muttermund eingeführt, aber dann ſeitwärts an die Wandungen der Gebärmutter gerichtet worden ſei.

Hieraus und weil die Lob erwähnt hatte, die Wimmer habe die Operation noch einmal vornehmen wollen, ſie die Lob habe ſich aber dazu nicht mehr hergegeben, ließ ſich die Majorität durch die Ausführung des Vertheidigers der L. Lob beſtimmen, darauf zu beſtehen, daß außer der dem Verweiſungsbeſchluß entſprechenden Frage, auch noch eine eventuelle wegen nicht beendigten Verſuchs und dann noch eine weitere wegen freiwilligen Wiederaufgebens deſſelben (§. 117 des Str.G.B.) geſtellt werde; jedoch ergab ſich nach längerer Debatte eine Majorität, daß letztere Frage auf die Angeklagte Lob beſchränkt werde.

Nach Eröffnung des Entwurfs der Fragen proteſtirte aber der großh. Staatsanwalt gegen die auf den nicht beendigten Verſuch geſtellten Fragen und ſtellte den Antrag, dieſelben nicht in den Fragebogen aufzunehmen.

Vergl. Annal. 1853 (XX.) No. 25 I. S. 276, No. 52 VI. S. 416.

Der Gerichtshof entſprach — abermals nach längerer Erörterung — dieſem Antrag und beſchränkte ſich auf die dem Verweiſungsbeſchluß entſprechenden Fragen:

1) Iſt Louiſe Lob aus Valence in Frankreich ſchuldig, daß ſie im Zuſtande der Schwangerſchaft in der erſten Hälfte des Monats April 1869 ein äußeres Mittel, welches eine zu frühe Entbindung oder den Tod der Leibesfrucht im Mutterleibe bewirken „kann", nämlich die Einführung eines zugeſpitzten Federkiels in den Muttermund, mit rechtswidrigem Vorſatz durch Katharina Wimmer von Heidelberg an ſich anwenden ließ, ohne daß jedoch eine zu frühe Entbindung oder ein Nachtheil für das Leben des Kindes darauf hin erfolgt iſt?

2) Für den Fall der Bejahung der erſten Frage:

Iſt Katharina Wimmer von Heidelberg ſchuldig, das in Fr. 1 bezeichnete Abtreibungsmittel an Louiſe Lob mit deren Einwilligung zu der erwähnten Zeit angewendet zu haben?

3) Für den Fall der Bejahung der zweiten Frage:

Iſt K. Wimmer ſchuldig, die Abtreibung der Leibesfrucht gewerbsmäßig „zu betreiben"?

Alle dieſe Fragen wurden von den Geſchworenen mit: „Ja" beantwortet.

Es iſt in den Annalen 1861 No. 1 S. 7 nachgewieſen, daß der §. 253 des Str.G.B., obſchon die darin vorgeſehenen Fälle nach §. 107 in die Klaſſe der beendigten Verſuchshandlungen gehören (ſ. auch S. 9), dieſelben nicht einmal mit der Strafe des entfernten Verſuchs bedroht, ſondern eine beſondere von den

Digitized by Google

allgemeinen Grundsätzen über die Strafbarkeit von Versuchshandlungen abweichende, durch auffallende Milde sich unterscheidende Bestimmung getroffen hat.

Das großh. Oberhofgericht bezeichnet daher in dem unter Ziff. 2. II. No. 1 und 2 S. 8—10 desselben Jahrgangs der Annalen mitgetheilten Falle den §. 253 des Str.G.B. als ein besonderes, dem Versuch des fraglichen Verbrechens gewidmetes Gesetz, welches aber da keine Anwendung finde, wo ein an sich geeignetes Mittel in einer so ungeeigneten oder unzulänglichen Weise gebraucht worden ist, daß jede Möglichkeit der Wirkung ausgeschlossen ist. (Relativ untaugliches Mittel.)

Vergl. Annalen 1853 (XX.) No. 28. II. S. 220.

Das großh. Oberhofgericht hat sich in einem neueren Falle: J. A.S. gegen Luise Albert von Tiefenbronn, wegen Anwendung von Abtreibungsmitteln in den Gründen zum Urtheil vom 25. September 1869 über den §. 253 des Str.G.B. dahin ausgesprochen:

> „Zum Thatbestand des in §. 251 und ebenso auch des im §. 253 vorgesehenen Verbrechensfalls genügt bei dem Vorhandensein der sonstigen, dort bezeichneten Voraussetzungen schon die Anwendung von Mitteln, welche eine zu frühe Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, ohne daß (abgesehen von dem am Schluß des §. 251 hervorgehobenen besonderen Fall) der Nachweis des schwer und selten sicher zu ermittelnden ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Anwendung des Mittels und dem Erfolg gesetzlich erfordert wird. Dagegen wird der erbrachte positive Nachweis, daß der erwähnte Erfolg Wirkung einer andern Ursache war, nach §. 253 insoweit berücksichtigt, daß die Handlung in solchem Fall nur als Versuch bestraft wird."

Daß dies der Sinn des Gesetzes ist, unterliegt überall keinem Zweifel.

Vergl. Zentners Commissionsbericht der II. Kammer zu Str.G.B. Entwurf §. 225, Verhandlungen von 1839 Beilage 7. Annalen Bd. 27 S. 6. ff.

Das Nämliche gilt auch von dem Satz, daß als untaugliche Mittel im Sinne des Str.G.B. §. 110 nicht etwa blos relativ untaugliche, sondern nur schlechthin (absolut) untaugliche Mittel anzusehen sind. Zufolge dieses Satzes und nach dem Obigen liegt aber der Fall der Anwendung eines untauglichen Mittels im gesetzlichen Sinne hier nicht vor. Ein schlechthin untaugliches Mittel wurde von der Angeklagten nicht gebraucht.

Der von der Vertheidigung angerufene §. 117 des Str.G.B. schlägt schon nach Maaßgabe seines Schlußvorbehaltes deßhalb hier nicht an, weil die fragliche Handlung der Angeklagten gemäß Str G.B. §. 253 ein eigenes Verbrechen, eine in eigenthümlicher Weise geregelte Art des Versuches bildet, wobei schon die Anwendung des tauglichen Mittels ohne Eintritt des Erfolgs bestraft wird. Der §. 107 des Str.G.B. kommt hiernach nicht weiter in Frage. Man wird übrigens wohl behaupten dürfen, daß bei mechanischen Mitteln, die ja nie an sich, sondern nur durch die Art ihrer Anwendung zum Zweck der Abtreibung dienen können, die theoretische Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln sich praktisch nicht immer consequent durchführen läßt.

Vergl. Annalen 1853 (XX.) No. 28. II. S. 220.

Wenn in dem oben besprochenen Falle die Angeklagte Wimmer mit dem zugespitzten Federkiel, den sie zum Zweck der Anbohrung der Eihäute in die Geschlechtstheile der Lob einführte, aus Ungeschicklichkeit nur die äußern Geschlechtstheile derselben verletzt hätte, so wäre dies überhaupt kein Mittel zur Abtreibung gewesen. Sobald aber angenommen werden kann, daß die Federspitze in die inneren Geschlechtstheile eingeführt und Alles, was die Einführende vermochte, geschehen ist, um die Eihäute zu erreichen und zu durchbohren, so findet §. 253 des Str.G.B. Anwendung.

—. Bei Berathung des Urtheils in dem Eingangs erwähnten Falle wurde auch die Frage aufgeworfen und besprochen, ob derselbe mit Recht an das Schwurgericht verwiesen worden sei.

Für diese Verweisung kann man sich allerdings auf die allgemeine Bestimmung des §. 209 der Str.P.O. berufen, allein Ammann macht in der Note zu §. 30 der Gerichtsverfassung (S. 31) darauf aufmerksam, daß u. A. der Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht (§. 253 des Str.G.B., verglichen mit Ziff. 11 der Beilage II. (S. 42) dadurch von der schwurgerichtlichen Gerichtsbarkeit ausgeschieden, daß der davon besonders handelnde §. des Str.G.B. in dem Verzeichniß Beilage II. weggelassen sei.

Allein in das Verzeichniß der nach §. 26. I. der Gerichtsverfassung von den Strafkammern abzuurtheilenden Verbrechen und Vergehen hat Ammann, obgleich er auf die Anmerkung zu §. 30 ausdrücklich verweist (S. 24), unter Ziff. 15 und 16 (S. 25) die Fälle des §. 253 des Str.G.B. nicht aufgenommen, was wohl nur einem Uebersehen zuzuschreiben ist. Red.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badiſchen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 22.**

149.

1) Bei Standesklagen iſt die Erledigung des Rechtsſtreits durch Prozeßentſagung — ſoferne dieſelbe das Aufgeben des bis dahin innegehabten bürgerlichen Standes in ſich ſchließt — unſtatthaft.
2) Was verſteht man unter Entfernung im Sinne des L.R.S. 312? Was iſt Verheimlichung im Sinne des L.R.S. 316 Ziff. 3?

In Sachen
des Fidel Kramer von Herdern,
gegen
Carl Klotz von da, als Vormund der Mathilde Maier von da und Johann Georg Maier von dort, Nebenintervenienten.

Verläugnung der Vaterſchaft betr.

Am 25. Auguſt v. J. erhob Karl Klotz, als ernannter Prozeßvormund eines von der Ehefrau des Fidel Kramer geborenen Kindes auf Grund des §. 2 und 4 des Geſetzes vom 21. Februar 1851 Klage wegen Ernährungsbeitrag gegen Johann Georg Maier, als den ehebrecheriſchen Beiſchläfer der Mutter des Kindes während der geſetzlich unterſtellbaren Schwängerungszeit. Dieſem Rechtſtreit trat die Mutter des Kindes als Beiklägerin bei und geſtand in der vom gemeinſchaftlichen Anwalt erhobenen Klage den behaupteten Ehebruch mit dem Beklagten vollkommen ein.

Es mochte auffallen, daß, ohne vorher den Stand des Kindes als ehelichen Kindes des Ehemanns der nunmehrigen Beiklägerin anzufechten, ſofort auf Grund des nur für uneheliche Kinder gegebenen Geſetzes Ernährungsbeitrag verlangt wurde. Dieſes Räthſel klärte ſich aber bald vollkommen auf, indem noch unter dem 30. Auguſt von dem nämlichen Anwalt für den Ehemann unter Berufung auf das Zugeſtändniß der Beiklägerin bezüglich des Ehebruchs Vaterſchaftsablängnungsklage gegen das nämliche Kind erhoben wurde, für welches derſelbe Anwalt 5 Tage vorher Ernährungsbeitrag verlangt hatte.

Dieſe Vaterſchaftsablängnungsklage, die offenbar der Ernährungsklage nur deßhalb nachfolgte, um von dem hier erfolgten Geſtändniß dort ſachdienlichen Gebrauch machen zu können, ſtützte ſich auf die Behauptung, daß während der geſetzlich unterſtellbaren Schwängerungszeit der Ehemann wegen Abweſenheit außer Stand geweſen ſei, beziehungsweiſe ſich in der natürlichen Unmöglichkeit befunden habe, der Mutter des Kindes geſchlechtlich beizuwohnen, und daß außerdem die Geburt des nach dem Obigen zugeſtandener Maaßen in Ehebruch erzeugten Kindes dem Vater verheimlicht worden ſei.

Da die geſetzlichen Vertreter des Kindes bis zur Tagfahrt keinen Anwalt aufgeſtellt hatten, ſo drängte ſich zunächſt die Frage auf, ob dieſer Fall, als Contumacialfall werde behandelt werden können, und welche Wirkung der Säumigkeit des beklagten Theils beigelegt werden könne.

In letzter Beziehung wäre jedoch der Gerichtshof kaum in die Nothwendigkeit verſetzt geweſen, ſich ſchlüſſig zu machen; da — aus den unten folgenden Gründen — der Klage die nothwendigſten rechtlichen Vorausſetzungen fehlten und hiernach dem, bei einer Verſäumniß des beklagten Theils zu unterſtellenden Zugeſtändniß ſchlechterdings kein Gewicht beigemeſſen werden konnte.

In der Verhandlungstagfahrt ſelbſt drängte aber dieſe Frage deßhalb in verſchärftem Grade ſich wieder auf, weil die geſetzlichen Vertreter des Kindes in der Tagfahrt erſchienen, feierlich zu Protocoll auf den Rechtſtreit verzichteten und dem Klaganſpruch — Abläugnung des Kindes — vollkommen nachgaben.

Zunächſt trat der — in obigem, in der gleichen Gerichtsſitzung zu verhandelnden, Ernährungsbeitragsprozeſſe belangte — J. G. Maier dem hier beklagten Kinde als Nebenintervenient bei, proteſtirte gegen die fragliche Prozeßentſagung, als unzuläſſig, widerſprach alle auf den Ehebruch bezüglichen Klagbehauptungen und erklärte, eventuell den Streit allein auf ſich nehmen zu wollen.

Die Frage, ob und wie weit dieſe Nebenintervention als zuläſſig erſcheine, trat bei der am Schluſſe der Verhandlung gepflogenen Berathung des Gerichtshofs weitaus in den Hintergrund gegen die Vorfrage, ob hier

Digitized by Google

überhaupt die Ablängnungsklage durch Prozeßentsagung auf beklagter Seite ihre Erledigung finden könne. Der natürliche Rechtsinstinkt, das aus dem Wesen des bürgerlichen Standes und seiner dermaligen Bedeutung geschöpfte Urtheil, mußten diese Frage verneinen.

Zu dem gleichen Ergebniß führte aber auch die geschichtliche Rechtsentwicklung und die richtige Erkenntniß des Geistes der gerade in dieser Beziehung in schöpferischer Weise an unsere Rechtsentwicklung sich anschließenden französischen Civilgesetzgebung.

Im Gegensatz zu der Anschauung des römischen Rechts, bei welcher der Mensch in erster Reihe als Rechtsobjekt in Betracht kam und nur derjenige Mensch als Rechtssubjekt erschien, der für sich selbst das Recht des Quiriten besaß, im Gegensatze zu dieser, selbst die Veräußerung der Freiheit seiner Person, die willkürliche Veränderung des Status sonach folgeweise begünstigenden Theorie – stellt die deutschrechtliche Anschauung die Rechtssubjectivität als die Grundlage ihres Rechtssystems auf. In ihr liegt die Wurzel des ganzen germanischen Rechts; das Personenrecht des deutschen Rechts ist — wie wir aus der eigenthümlichen ständischen Gliederung der Gesellschaft und dem Einflusse dieser gesellschaftlichen Ordnung auf die Staatsordnung ersehen — zugleich das Staatsrecht des früheren deutschen Staats!

Die in der Familiengewalt vereinigten Rechte sind zugleich (wie schon der aus mundium abgeleitete Begriff des mundibundium Regis oder des angelsächsischen Mundbora zeigt) der Inhalt der auf das ganze Gebiet der staatlichen Friedensgenossenschaft ausgedehnten Staatsgewalt!

Die Verschiedenartigkeit des germanischen Sachenrechts ist nur das Spiegelbild des deutschen Personenrechts!

Bei einer solchen Rechtsanschauung, die sich durchweg im Personen- und Familienrecht gipfelt, mußten gerade diese Fundamentalrechte, wenn der Rechtszustand selbst nicht gefährdet werden wollte, der willkürlichen Disposition der Rechtsträger entzogen sein.

Die Thatsachen, durch welche der concrete Inhalt des Personenrechts erzeugt wird, sind daher auch nahezu ausnahmslos unwillkürliche; der Status einer Person wird nicht erworben, sondern angeboren, und wo ausnahmsweise eine Veränderung des Status zugelassen wird, sind hiezu Akte der höchsten gerichtlichen Solennität erforderlich.

Wenn gleichwohl der deutsche Staat es unterließ, die Sicherstellung der Statusrechte durch besondere Institute des rechtspolizeilichen Schutzes zu übernehmen und er diese Sorge unbekümmert der auch hier in seine Lücken eintretenden kirchlichen Organisation überließ, so ist die Ursache dieser Unterlassung nicht in einer Geringschätzung der Statusrechte, sondern in der Unvollkommenheit des deutschen Patrimonialstaats zu suchen.

Seitdem das französische Zwischenrecht die bürgerliche Standesbeamtung — ein bisheriges kirchliches Enclave — aus dem Pfarrhofe heraus in das staatliche Gebäude der Matrie versetzte, wurde die rechtspolizeilche Fürsorge für die Sicherstellung der Statusrechte zum Postulat des Rechtsstaats.

Die hohe Wichtigkeit der Standesrechte für die gesellschaftliche Unterlage unseres Staatslebens erkennend und gerade so wie das germanische Recht die auf ihre richtige Sphäre zurückgeführte Rechtssubjectivität an die Spitze stellend, verbesserte der moderne Rechtsstaat einen Fehler des mittelalterlichen Patrimonialstaats, indem er allenthalben den Schutz der Personenrechte, als eine dem Einzelnen kaum mögliche Thätigkeit, zum Gegenstand seiner rechtspolizeilichen Einrichtungen machte, die Grundbedingungen in kathegorischer Weise bestimmte, unter welchen allein bürgerliche Standesrechte erworben und verändert werden können und diese hochwichtigen Rechte der Privatwillkühr verschloß.

Daß nun insbesondere auch das Recht des code civil, welches gerade ein Personenrecht aus deutschrechtlichem Stoffe schöpfte, diese Anschauung theilte und ein Ausschluß der Privatwillkühr im Gebiet der Standesrechte auch durch den Geist des französischen Rechts diktirt ist, mit diesem Nachweis beschäftigen sich die Entscheidungsgründe unsres nach dem Obigen klageabweisenden (nunmehr rechtskräftig gewordenen) Urtheils, deren auf die Begründung der Klage bezüglicher hier nur secundärer Theil, zugleich einen Beitrag zur Auslegung der L.R.S. 312 und 316 Ziff. 3 enthält.

Entscheidungsgründe:

Da der nach L.R.S. 318 zur Vertretung des beklagten Kindes eigens ernannte Vormund und die beigeladene Mutter desselben in der heutigen Tagfahrt nicht nur die Klagthatsachen zugestanden, sondern auch auf den Rechtsstreit verzichtet haben, so entsteht die Frage, ob die in §. 309 der Pr.O. bestimmte Wirkung der

Digitized by Google

Prozeßentsagung nunmehr eintritt. Während nämlich durch das Geständniß nur auf die Verpflichtung des Gegentheils zur Beweisführung von der hiezu berechtigten Person verzichtet wird, liegt in der Entsagung auf den Rechtsstreit zugleich ein Verzicht auf das in Angriff genommene Recht und es wird durch diese Dispositon über den Streitgegenstand dem Richteramt jedwede Entscheidungsbefugniß entzogen und der Rechtsstreit lediglich durch Privatdisposition *eines* Streittheils erledigt. Diese Art der *einseitigen* Erledigung eines Rechtsstreits setzt aber mit Nothwendigkeit voraus, daß der Gegenstand desselben — wie dies der L.R.S. 2045 auch im Falle der Erledigung eines Rechtsstreits durch doppelseitige Dispositon ausdrücklich verlangt — überhaupt der willkürlichen Disposition der Parteien unterworfen ist, es muß daher im entgegengesetzten Falle die Erledigung des Rechtsstreits einzig und allein der richterlichen Entscheidung überlassen werden.

In der anhängigen Vaterschaftsablängnungsklage wird nun von den gesetzlichen Vertretern des beklagten Kindes auf den bürgerlichen Stand des Letzteren, als ehelichen Kindes des klagenden Vaters, gegen welchen die Rechtsvermuthung des L.R.S. 312 streitet, sonach auf den, bis zur richterlichen Aberkennung dem beklagten Kind zukommenden, bürgerlichen Stand verzichtet. Abgesehen nun von der Frage, inwieweit seine Vertreter zu dieser Rechtshandlung ohne Weiteres befugt waren, ergibt sich aus der öffentlich rechtlichen Natur des bürgerlichen Standes, daß dieses hochwichtige, die ganze privatrechtliche Persönlichkeit eines Individuums umfassende Recht, durch welches die Stellung des Berechtigten zur bürgerlichen Gesellschaft im Allgemeinen und die Grundbedingung seiner besondern privatrechtlichen Verhältnisse — sein status civitatis et familiae — erkennbar wird, in Folge dieser Eigenschaft ohne Schädigung der an der Sicherheit desselben auf das Nachhaltigste interessirten öffentlichen Ordnung, unbedingter Privatwillkühr nicht preisgegeben werden kann.

(Vergl. Grollmann, Handbuch über den Code Napoléon, Band 1 Seite 214.)

Diese schon im deutschen Rechte — wie die Lehre des mundiums zeigt — mit besonderer Schärfe ausgeprägte öffentlich rechtliche Natur der (durch den bürgerlichen Stand einer Person zugleich begründeten) Personen- und Familienrechte wurde in unserer gerade in dieser Materie auf deutschrechtlicher Grundlage sich bewegenden bürgerlichen Gesetzgebung in keiner Weise verkannt, indem sie nicht nur in erschöpfender Darstellung jene Vorgänge einzeln erwähnt, durch welche der bürgerliche Stand einer Person begründet, verändert oder aufgehoben zu werden vermag, sondern auch die öffentlich rechtliche Seite dieses Rechts auf das Deutlichste durch die besondere rechtspolizeiliche Fürsorge zu erkennen gibt, mit welcher sie für die Beweislichkeit der hierauf bezüglichen Vorgänge Anordnungen trifft und Einrichtungen schafft.

Insbesondere erhellt diese publicistische Seite des bürgerlichen Standes aus der, aus dem Zwischenrecht herübergenommenen, und von diesem der entsprechenden kirchlichen Organisation entlehnten, Einrichtung der bürgerlichen Standesbeamtung behufs öffentlicher Beurkundung der 3 regelmäßigen, auf Begründung und Veränderung und Verlust eines Civilstands bezüglichen Vorgänge, der Geburt, des Todes und der Ehe. Die politische Bedeutung dieser Schöpfung tritt zum Unterschied von anderen auf privatrechtliche Vorgänge bezüglichen und lediglich zur Wahrung der Rechtssicherheit gegen dritte Personen eingeführten Einrichtungen dadurch unverkennbar an den Tag, daß, soweit lediglich durch unwillkürliche Thatsachen (Geburt, Tod) der bürgerliche Stand einer Person begründet wird oder erlöscht, jene Thatsachen unabhängig von jedem Willen der Interessenten von *Amtswegen* durch die hievon gleichfalls von Amtswegen zu unterrichtenden bürgerlichen Standesbeamten in die deßfallsigen öffentlichen Bücher eingetragen werden müssen und wo — wie bei der Ehe — solche Rechte durch den Willensact der Parteien begründet, beziehungsweise verändert werden, die Rechtsgültigkeit der Handlung, abgesehen von der Erfüllung der hiezu nothwendigen gesetzlichen Erfordernisse, lediglich von der Vornahme derselben vor dem zuständigen bürgerlichen Standesbeamten abhängt und ausschließlich aus der deßfallsigen Standesbeurkundung zu erkennen ist.

Auch bei den übrigen Vorgängen, durch welche ausnahmsweise bürgerliche Standesrechte begründet oder verändert werden, wiegt dieser öffentlich rechtliche Gesichtspunkt vor, indem 2 derselben, Ehescheidung und Adoption nur kraft richterlichen Urtheils erfolgen können und erst durch Eintrag des letzteren in die bürgerlichen Standesbücher wirksam werden, 2 andere, Anerkennung und Legitimation, nur in der hiezu eigens bestimmten Form erfolgen dürfen.

Da nun das Gesetzbuch diejenige Vorgänge, durch

Digitized by Google

welche regelmäßig der bürgerliche Stand einer Person begründet oder alterirt wird, bestimmt bezeichnet und auch in erschöpfender Weise die Vorgänge angibt, in welcher ausnahmsweise eine solche Rechtsbegründung, beziehungsweise Veränderung geschehen darf, so erscheint jede im Gesetz nicht ausdrücklich und zwar ausnahmsweise gestattete Veränderung oder Aufhebung eines bürgerlichen Standes als der Privatdisposition entzogen und darum unstatthaft, zugleich aber auch schon wegen Mangels des vorgeschriebenen Verfahrens und der nothwendigen Förmlichkeit als durchgehends nichtig. L.R.S. 6 k.

Insbesondere muß aber der einfache Verzicht auf einen bürgerlichen Stand als ungültig erscheinen, weil diese Art des Verlusts des fraglichen Rechts dem Gesetze nicht nur völlig unbekannt ist, sondern auch den Grundsätzen unseres Landrechts widerstrebt, das in allen Fällen der den Parteien ausnahmsweise ohne richterliches Urtheil gestatteten Standesveränderung nur eine Erweiterung, nicht aber einen Verlust des bürgerlichen Standes erlaubt, und das willkürliche Aufgeben eines Standesrechts (Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung) an die Voraussetzung eines vorausgegangenen richterlichen Urtheils knüpft.

Wird nun hienach die unbedingt willkürliche Dispositionsbefugniß über Standesrechte durch die öffentlich rechtliche Natur derselben und durch den Geist des Gesetzes den betheiligten Personen entzogen, und erscheint jede in anderer, als der im Gesetze und zwar nur als Ausnahme gestatteten Form vorgenommenen Standesveränderung schon nach den Regeln der grammatischen Auslegung als schlechterdings unstatthaft, so fehlt es auch nicht an directen Gesetzesbestimmungen, durch welche Standessachen ganz unzweideutig der unbedingten Privatdisposition entzogen werden.

Abgesehen von der Bestimmung des L.R.S. 328, welcher in Verbindung mit L.R.S. 2226 auf die mangelnde Dispositionsbefugniß und die Eigenschaft des bürgerlichen Standes als einer res incorporalis extra commercium zu deuten scheint, wird durch §. 1063 der bürgerlichen Pr.O., die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens bei allen Klagen, welche den bürgerlichen Stand betreffen, ausdrücklich versagt, obgleich in §. 1061 der Pr.O. in allen Streiten über Rechte, *über welche die Parteien frei verfügen können*, das schiedsrichterliche Verfahren gestattet ist.

Da das Gesetz in der nämlichen Bestimmung einzelne Arten von Standesklagen noch besonders und zwar beispielsweise erwähnt, welche es bei anderen Anlässen, z. B. durch Ausschluß des Geständnisses in §. 1042 der Pr.O. der Privatdisposition schon entzogen hatte, so erscheint diese Bestimmung nicht etwa als Ausnahme der in §. 1061 aufgestellten Regel, sondern vielmehr als eine — ihrer besonderer Wichtigkeit wegen, ausdrücklich hervorgehobenen und an diesem Ort zum ersten Male auf alle Standesklagen ausgedehnte Folge des oben entwickelten und auch arg. e contr. aus §. 1061 und 1063 der Pr.O. sich ergebenden Grundsatzes, wonach Standesklagen, *weil der freien Verfügungsgewalt entzogen*, auch nicht Gegenstand einer compromissarischen Prozeßerledigung werden dürfen.

Selbstverständlich ist aus dem nämlichen Grunde auch die Prozeßentsagung ausgeschlossen und es untersteht daher die vorliegende Standesklage trotz der Beklagten Entsagung immer noch der richterlichen Prüfung und Entscheidung.

Was nun die vor Allem zu prüfende rechtliche Grundlage der erhobenen Ableugnungsklage betrifft, so kann die hier zu Gunsten des unbestritten während der Ehe empfangenen Kindes zutreffende Rechtsdichtung des L.R.S. 312 nur durch den Nachweis der physischen Unmöglichkeit der ehelichen Vaterschaft in den zwei gesetzlich ausgezeichneten Fällen, sowie im Falle des Vorhandenseins der aus der Verheimlichung der Geburt des Kindes abgeleiteten Rechtsvermuthung des L.R.S. 313 durch Nachweis solcher Thatsachen entkräftet werden, welche darthun, daß der Ablängnende der Vater des fraglichen Kindes nicht sei.

Kläger behauptet nun das thatsächliche Vorhandensein dieser beiden ausschließlichen Voraussetzungen der Ablängnungsklage.

In erster Beziehung wird die Entfernung als Grund der Unmöglichkeit geltend gemacht. Selbstverständlich setzt der L.R.S. 312 eine solche Entfernung als Grund der „natürlichen Unmöglichkeit" voraus, welche einen Zuwandel nicht nur erschwert, sondern nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge thatsächlich verhindert. Insbesondere genügt eine bloße Separation, wobei ein Beischlaf noch denkbar ist, zur Erhebung der Ablängnungsklage nicht, „sie mag aus was immer für einem Grunde veranlaßt sein."

Stabel, Heft S. 4 und Zachariä §. 346 Note 25.

Insoweit daher der klagende Vater nur seinen Auf-

Digitized by Google

enthalt im Auslande während der maßgebenden Zeit zur Begründung jener Abwesenheit behauptete, läßt sich aus dieser vagen Behauptung noch keine Entfernung der im Gesetze verlangten Art erkennen. Wie nun aber Kläger in der heutigen Verhandlung bezüglich seines Aufenthalts ergänzend bemerkte, befand sich derselbe gerade während der maaßgebenden Zeit in dem 3/4 Stunden vom Wohnort der Mutter entfernten Orte Glattfelden und in dem 5 Stunden hievon entfernten Ort Flumen, sonach an Orten, von wo aus der Zuwandel nicht einmal wesentlich erschwert, geschweige denn unmöglich war. Insbesondere erscheint die Entfernung von Glattfelden und Herdern als eine so kaum nennenswerthe, daß, wenn es sich um den Fall des L.R.S. 230a hier handeln würde, sogar die hiezu erforderliche Nähe angenommen werden müßte. Da bei dieser Art der Entfernung von einer hiedurch bewirkten Unmöglichkeit des geschlechtlichen Zuwandels nicht die Rede sein kann, so stellt sich die hierauf gegründete Klage als thatsächlich nicht begründet, beziehungsweise die versuchte thatsächliche Begründung nicht als schlüssig dar.

Inwieweit bei dem angeblich gespannten Verhältnisse beider getrennt von einander lebenden Eheleute der Zuwandel als unwahrscheinlich aufzufassen ist, kann erst dann in Betracht kommen, wenn der vom Kläger gleichfalls behauptete Ausnahmsfall des L.R.S. 313 — Verheimlichung der Geburt des Kindes — zutrifft und Vermuthungsbeweis hiedurch zulässig wird.

Unter dieser Verheimlichung versteht aber das Gesetz, wie dies aus L.R.S. 316 Ziff. 3 in Verbindung mit L.R.S. 1116 Ziff. 2 deutlich hervorgeht, nicht schon die unterlassene Anzeige der Geburt an den Ehemann, nicht eine einfache, der Gleichgültigkeit entsprungene Unterlassung der Ehefrau, sondern die Anwendung solcher „Kunstgriffe," aus welchen das Bemühen der Ehefrau hervorgeht, die Kenntniß der fraglichen Geburt dem Ehemann geflissentlich vorzuenthalten. Erst aus diesem activen Bemühen folgert das Gesetz jenes indirekte, dem Schamgefühl der Ehefrau entsprungene Geständniß, welches zu der Vermuthung führen muß, daß der eheliche Vater nicht der Erzeuger des verheimlichten Kindes gewesen sei und nur dieses indirekte Geständniß erachtet das Gesetz in Anbetracht seiner Motive als so innerlich glaubwürdig, daß es die Ergänzung desselben durch Vermuthungsbeweise gestattet.

Stabel, Heft S. 5,

Zachariä a. a. O. S. 29.

Chardon de la fraude nro. 89.

Kläger hat nun die Behauptung der Verheimlichung nicht anders thatsächlich zu begründen vermocht, als durch seine angebliche Unkenntniß von der Schwangerschaft und Niederkunft seiner Ehefrau und durch seine Nichtmitwirkung beim Eintrag der Geburt in das bürgerliche Standesbuch.

Daß die Ehefrau jemals ihre Schwangerschaft abläugnete oder die Geburt des Kindes der öffentlichen Kundbarkeit entziehen wollte, hat Kläger nicht behauptet. Wohl aber ergibt sich aus seiner eigenen Einräumung, daß die fragliche Geburt dem bürgerlichen Standesbeamten behufs Eintrags in das Geburtsbuch mitgetheilt wurde, und es konnte nicht behauptet werden, daß bei dieser Gelegenheit irgend ein betrügerischer Kunstgriff angewandt und das Kind etwa auf fremden Namen eingetragen oder die Eigenschaft der Mutter als Ehefrau des Klägers dem Standesbeamten verschwiegen worden wäre.

Selbstverständlich ist die Unkenntniß des Klägers von der fraglichen Geburt — auch wenn man hieraus die unterlassene Anzeige der Mutter bezüglich der Geburt des Kindes folgern wollte — nach dem Obigen nicht entscheidend, da lediglich aus den Handlungen der Mutter die obige praesumtio adulterii begründet werden kann. Ebensowenig kann die unterlassene Mitwirkung des Ehemanns bei Auswirkung des Geburtsscheins, welche allerdings das Klagbinderniß des L.R.S. 314 Ziff. 2 beseitigt, als eine die Behauptung der Verheimlichung rechtfertigende Klagthatsache angeführt werden.

Da nun die Verheimlichung, beziehungsweise der in der Verheimlichung versteckte Betrug nicht vermuthet wird, sondern aus den „einzelnen Thatumständen begründet werden muß", eine solche Begründung hier aber nicht erbracht werden konnte, und sonach beide Abläugnungsgründe nicht durch schlüssige Thatsachen im Sinne des Gesetzes thatsächlich substanzirt werden konnten, so mußte trotz des, wenn überhaupt rechtlich erheblichen Geständnisses der Beklagten gemäß §. 169 ff. der Pr.O. wegen der Kosten, wie geschehen, lediglich klagabweisend erkannt werden.

Karl Bär,
Kreisgerichtsrath in Waldshut.

Digitized by Google

150.

Kommt den bürgerlichen Gerichten die Entscheidung des zwischen der Staats- und Kirchenbehörde schwebenden Streits zu, ob eine Stiftung als eine kirchliche zu betrachten sei?

Das Gesetz vom 9. Oktober 1860, die rechtliche Stellung der Kirchen und kirchlichen Vereine im Staate betreffend,

Regierungsblatt No. 51 S. 376. 377.

enthält in §. 10 die Bestimmung:

„das Vermögen, welches den kirchlichen Bedürfnissen, sei es des ganzen Landes, oder gewisser Distrikte gewidmet ist, wird unbeschadet anderer Anordnungen durch die Stifter, unter gemeinsamer Leitung der Kirche und des Staats verwaltet ꝛc."

Die zum Vollzug dieses Paragraphen erlassene Verordnung vom 20. November 1861, die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens betreffend, bestimmt in dem zweiten Absatz des §. 8:

„der katholische Oberstiftungsrath wird aus Katholiken bestehen, die zur Hälfte von der großh. Regierung, zur Hälfte von dem Herrn Erzbischof gewählt und ernannt werden und sämmtlich beiden Theilen genehm sein müssen ꝛc.,"

dann in §. 11 Abs. 1:

„der katholische Oberstiftungsrath führt die Aufsicht über die Verwaltung der Orts- und Distriktsstiftungen ꝛc."

Diese Aufsichtsrechte sind in den folgenden Absätzen des Paragraphen dahin aufgezählt:

„Er prüft und genehmigt die Voranschläge der Stiftungskommissionen für die Orts- und Distriktsstiftungen, sowie Einnahmen und Ausgaben dieser Stiftungen, die in den Voranschlägen nicht vorgesehen sind.

Die Rechnungen über die Verwaltung der Orts- und Distriktsstiftungen und der erledigten Pfründen werden durch ihn geprüft und verbeschieden. Er besorgt die Rechtsvertretung für das seiner Verwaltung unterliegende kirchliche Vermögen, sowie für die kirchlichen Orts- und Districtsstiftungen.

Die Aufsicht über die Verwaltung der Ortsstiftungen wird der Oberstiftungsrath in den hierzu geeigneten Beziehungen durch die erzbischöflichen Dekane und die großh. Bezirksämter üben."

Der §. 21 derselben Verordnung enthält endlich folgende Bestimmung:

„ꝛc. hinsichtlich der Frage, ob Stiftungen als weltliche oder kirchliche zu betrachten seien, bleibt vorderhand der gegenwärtige Besitzstand unverändert, bis über Veränderungen das Einvernehmen zwischen der Staats- und Kirchenbehörde oder geeigneten Falls eine richterliche Entscheidung herbeigeführt worden ist."

Auf Grund dieser Schlußbestimmung sind nun mehrfach von dem katholischen Oberstiftungsrath in Vertretung der katholischen Kirche gegen den großh. Verwaltungshof Prozesse über die kirchliche Natur von Stiftungen geführt, und zum Theil, namentlich auch von großh. Oberhofgericht

s. Annalen 1867 No. 17. 18 Ziff. 53 S. 134 bis 138

zu Gunsten des katholischen Oberstiftungsraths entschieden worden.

Das großh. Ministerium des Innern sah sich hierdurch veranlaßt, gegen die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte bei Streitigkeiten über die Verwaltung von Stiftungen sich auszusprechen und es dürfte von allgemeinem Interesse sein, von dessen an großh. Justizministerium gerichteten Erlaß vom 2. November 1868, No. 13,735, Kenntniß zu nehmen.

Er lautet:

„In neuerer Zeit sind wiederholt Klagen von Seiten des Oberstiftungsrathes Namens „der katholischen Kirche," oder „des katholischen Kirchenvermögens" gegen den großh. Verwaltungshof und den großh. Oberschulrath als Vertreter gewisser Stiftungen vor den bürgerlichen Gerichten erhoben worden, welche das Begehren enthielten, es solle die kirchliche Eigenschaft der fraglichen Stiftungen anerkannt und folgeweise der Beklagte angehalten werden, das Vermögen der Stiftung an die zur Verwaltung kirchlicher Stiftungen zuständigen Behörden herauszugeben. Die bürgerlichen Gerichte haben in diesen Fällen jeweils ihre Zuständigkeit für begründet erachtet, ohne in eine genauere Untersuchung darüber einzutreten, ob der verfolgte Anspruch im bürgerlichen Rechte wurzle und sonach zur Entscheidung durch die bürgerlichen Gerichte sich eigne. Das großh. Oberhofgericht insbesondere hat in dem gegen den Localarmenfond zu Dillendorf an-

Digitized by Google

gestrengten Rechtsstreite seine Zuständigkeit schlechtweg damit motivirt, daß „hier in der That eine Befugniß privatrechtlicher Natur insoferne im Streite liege, als es sich um die Entscheidung der Frage über die rechtliche Natur der Stiftung handelt, wovon nach dem angeführten Gesetze vom 9. Oktober 1860 das Recht zu deren Verwaltung abhängig gemacht ist, welches bei Stiftungen eine größere Tragweite hat und auch die Befugniß in sich faßt, die Erträgnisse derselben zu den Stiftungszwecken zu verwenden." (Annalen 1867 S. 135.)

Der höchste Gerichtshof scheint hiernach als zweifellos anzunehmen, daß die Entscheidung über die kirchliche oder weltliche Natur einer Stiftung stets der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte unterliege, weil von derselben die Beantwortung der Frage, wem die Verwaltung der Stiftung zusteht, abhängig sei.

Die Richtigkeit dieser Ansicht kann aber bei genauerer Prüfung nicht anerkannt werden, sie übersieht, daß die Ansprüche der Kirche auf Verwaltung des Vermögens von Stiftungen in sehr vielen Fällen lediglich aus Bestimmungen des öffentlichen Rechts abgeleitet werden, und tritt in Widerspruch mit früheren Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes, durch welche — wie in der im Jahre 1864 verhandelten Streitsache der Stadtgemeinde Gengenbach gegen den Erhardtsfond daselbst (Annalen 1864 S. 240) ausgesprochen wurde, daß die Befugniß zur Verwaltung öffentlicher Stiftungen kein Gegenstand des bürgerlichen Rechtes sei.

Das Gesetz vom 9. Oktober 1860 über die rechtliche Stellung der Kirchen hat in §. 10 den Letzteren das Recht einer Theilnahme an der Leitung der Verwaltung des den kirchlichen Bedürfnissen gewidmeten Vermögens eingeräumt. Dieses Recht der Kirchen bezieht sich sonach auf das Kirchengut im weitesten Sinne, als die Gesammtheit aller solcher Vermögensgegenstände, welche selbst oder ihrem Ertrage nach auf bleibende Weise für die Befriedigung kirchlicher Bedürfnisse bestimmt sind. Hierher fallen also nicht nur solche Vermögenstheile, welche sich im Eigenthum einer bestimmten kirchlichen Körperschaft befinden und als deren Eigenthümer im eigentlichen Sinne man die Landeskirche oder die einzelne örtliche Kirche, oder die örtliche Kirchengemeinde ansehen kann, sondern auch solche Vermögensobjecte, welchen in ihrer Gesammtheit, indem sie der Befriedigung kirchlicher Bedürfnisse dienen, um dieses Zweckes willen eine selbstständige Persönlichkeit beigelegt ist, d. h., welche als pia corpora selbst eine von der kirchlichen Korporation getrennte juristische Person bilden und deßhalb nicht als Eigenthum der Kirche oder der Kirchengemeinde behandelt werden können.

Die selbstständige Persönlichkeit der Stiftungen gegenüber dem Inhaber des Kirchenguts im engeren Sinne ist in der neueren Rechtswissenschaft und in unserem öffentlichen Rechte anerkannt. Es mag in erster Beziehung genügen, auf die Autorität von Savigny zu verweisen, welcher im System des römischen Rechtes II. S. 271 erklärt: „Nach kanonischem Rechte fällt das Vermögen der milden Stiftungen unter den allgemeinen Begriff des Kirchengutes „diese Bezeichnung hat den zweifachen Sinn, daß dasselbe unter dem Einfluß und der Aufsicht der Kirchenoberen stehe, und daß es an den Privilegien des Kirchengutes Theil nehme, keineswegs aber sollte dadurch die Selbstständigkeit der juristischen Personen dieser Art verneint werden und es ist ein Mißverständniß neuerer Zeit, wenn man dem Ausdruck diese Bedeutung gegeben hat." Was die positiven Gesetze anbelangt, so unterscheidet der Reichsdeputationsreceß von 1803 ausdrücklich von den der Secularisation verfallenden Gütern der Domcapitel, Stifter, Abteien und Klöster und von dem jeder Religion zugesicherten, ihr eigenthümlichen Kirchengut (§. 63) die frommen und milden Stiftungen, welche nach §. 65 „wie jedes Privateigenthum zu conserviren sind", und wie Art. 9 des ersten Constitutionsedictes jeder Kirche alles dasjenige Eigenthum sichert, das sie dermalen zum Gebrauch ihres Gottesdienstes, auch ihrer Kirchen-, Pfarr- und Schuleinrichtungen besitzt, so spricht §. 20 der Verfassung neben dem Kirchengute auch von „den eigenthümlichen Gütern und Einkünften der Stiftungen, Unterrichts- und Wohlthätigkeitsanstalten" und erklärt somit ausdrücklich diese Stiftungen und Anstalten als die Eigenthümer des ihren Zwecken dienenden Vermögens.

Die Ansprüche auf die Verwaltung einer selbstständigen Stiftung können also keinenfalls auf ein Eigenthumsrecht der Kirchen gestützt werden und es wird sich nur fragen, ob diese etwa auf eine andere privatrechtliche Grundlage zurückgeführt werden können.

Soll die juristische Persönlichkeit einer Stiftung behufs der Verfügung über das zu derselben gehörige Vermögen wirksam werden, so muß die ihr fehlende Handlungsfähigkeit ergänzt und auf künstlichem Wege ein

Digitized by Google

Organ geschaffen werden, durch welches die fingirte Persönlichkeit Entschließungen fassen und äußern kann. Dies kann durch Anordnungen des Stifters geschehen, und muß, wo solche fehlen, durch die Staatsgewalt erfolgen, durch deren Anspruch die Stiftung überhaupt erst die Persönlichkeit erlangt und welche demnach auch befugt ist, die zum Vollzuge jenes Anspruches nothwendige Verfügung zu treffen. Außerdem gehört aber jedenfalls zur Aufgabe der Staatsgewalt, die juristische Person gegenüber ihren Vertretern zu schützen und dafür zu sorgen, daß das Vermögen der Stiftung deren Zwecken erhalten und ihnen entsprechend verwendet werde. Je nach der Natur dieser Zwecke wird die Thätigkeit der Staatsgewalt einen engeren oder weiteren Umfang erhalten. Sind die Zwecke der Stiftung auf die Forderung und Unterstützung von Leistungen gerichtet, welche in den Kreis der Pflichten des Staates, der Gemeinden oder anderer öffentlicher Korporationen fallen, so wird das Recht des Schutzes und der Aufsicht, welches der Staat jeder Stiftung ohne Rücksicht auf ihre Zwecke schuldig ist, eine Erweiterung nach Maaßgabe der Berechtigungen erfahren, die dem Staate hinsichtlich der Verwaltung des, öffentlichen Zwecken dienenden oder öffentlichen Korporationen gehörigen Vermögens zukommen. Alle diese Befugnisse und Verpflichtungen der Staatsregierung gehören aber ausschließlich dem Gebiete des öffentlichen Rechtes an und haben mit privatrechtlichen Ansprüchen auf die Erträgnisse oder die Verwaltung der Stiftungen Nichts gemein. Ganz das gleiche Verhältniß waltet aber auch dann ob, wenn kraft einer Bestimmung des öffentlichen Rechtes neben dem Staate anderen öffentlichen Körperschaften, wie etwa der Gemeinde oder den Kirchen bei der Verwaltung von Stiftungen, die ihrer Bestimmung nach — den Zwecken dieser Genossenschaften dienen, eine Mitwirkung eingeräumt wird. Wenn demnach bei Stiftungen zur Befriedigung der Bedürfnisse des kirchlichen Lebens — der Kirche oder der einzelnen Kirchengemeinde eine gewisse Betheiligung an der Verwaltung gewährt wird, wie dies durch das Gesetz vom 9. Oktober 1860 geschieht, so ist dadurch der Kirche sicher nicht ein dem Civilrechte angehöriges und vor dem bürgerlichen Richter verfolgbares Privatrecht eingeräumt. Jene Befugniß der Kirche gründet sich vielmehr allein und ausschließlich auf eine positive Norm des öffentlichen Rechtes, und eine Verletzung derselben kann nur vor den mit der Handhabung des öffentlichen Rechtes betrauten Behörden zum Austrage und zur Entscheidung gebracht werden. Der Staatsgewalt endlich steht es nach bekannten Grundsätzen des öffentlichen Rechtes jederzeit zu, die Vorschriften über die Verwaltung öffentlicher Stiftungen Aenderungen und Beschränkungen zu unterziehen, ohne daß die alsdann in ihren Befugnissen verkürzte Kirche über die Verletzung eines wohlerworbenen Rechtes zu klagen berechtigt wäre. Die Richtigkeit dieser Grundsätze wird keinen Augenblick bezweifelt, wenn es sich um die Rechte der Gemeinde und der Staatsregierung bei der Verwaltung des Gemeindevermögens handelt, sie sind aber aus den gleichen Gründen auch hier entscheidend.

Behauptet demnach eine Kirche, daß ihr auf Grund des Gesetzes vom 9. Oktober 1860 das Recht der Theilnahme an der Verwaltung einer Stiftung wegen der angeblich kirchlichen Bestimmung der letzteren zustehe, so kann dieser Anspruch sicher nicht vor dem bürgerlichen Gerichte verfolgt werden. Es würde auch gar nicht möglich sein, genauer zu bestimmen, welcher Art von Privatrechten ein solcher Anspruch beizuzählen wäre. Allerdings kann in solchen Fällen mit dem Recht der Verwaltung auch die Verfügungsgewalt über die Einkünfte der Stiftung verbunden sein, allein abgesehen davon, daß an Stelle dieser nur zufälligen Vereinigung häufig beide Functionen getrennt, und verschiedenen Personen oder Behörden zugewiesen sind, kann unter allen Umständen jene Dispositionsbefugniß doch nur innerhalb der durch die Stiftungszwecke gezogenen Schranken sich bewegen, es steht doch keinerlei Art von Nutznießung in Frage, welche den Berechtigten ermächtigen könnte, über jene Einkünfte zu seinem eigenen Vortheil oder nach seinem Belieben zu verfügen, vielmehr handelt es sich lediglich um die Verwendung gewisser zur Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse bestimmter Mittel nach Maaßgabe dieser Bestimmung und der Vorschriften über die Verwaltung der öffentlichen Mittel. „Daß Besitz, Aufbewahrung und Verwaltung, mithin Rechte hier in Frage stehen, über welche das bürgerliche Recht Maaß gibt, kann deßhalb nicht entscheidend werden, weil es sich keineswegs um Verhältnisse handelt, die nach privatrechtlichen Normen über Besitz, Aufbewahrung und Verwaltung zu beurtheilen sind, sondern lediglich um eine nach öffentlichem Rechte zu beurtheilende Befugniß, das fragliche Vermögen zu besitzen, aufzubewahren und zu verwalten" (Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts in

Digitized by Google

Sachen der Gemeinde Gengenbach gegen den Erhardtsfond daselbst).

In vollständiger Uebereinstimmung hiermit erklärt auch L.R.S. 537 ausdrücklich: „Güter, welche zu todter Hand gehören, werden nur nach den Regeln und Formen, die ihnen eigen sind, verwaltet oder veräußert," und bei der Darlegung der Motive zu dem code civil wurde mit Schärfe betont, daß diese besondern Regeln nach der Absicht des Gesetzgebers dem Gebiete des Civilrechts ganz fremd sind. (Les biens, qui appartiennent à des particuliers sont les seuls dont le code Napoleon doive s'occuper, les autres sont du ressort ou d'un code de droit public ou des lois administratives.)

Die bisherige Ausführung wird aber nicht nur für die Fälle zutreffen, in welchen der Stifter über die Verwaltung keinerlei Anordnung gegeben hat, sie muß auch maaßgebend sein, wenn solche Vorschriften erlassen wurden und an sich oder in ihrem Verhältniß zu den allgemeinen Verordnungen über die Verwaltung öffentlicher Stiftungen zu Streitigkeiten Anlaß geben.

Es kann unerörtert bleiben, ob bei einer Stiftung, welche nur zur Unterstützung bestimmter Privatpersonen, wie etwa für die Angehörigen gewisser Familien bestimmt ist, die nach den Anordnungen des Stifters zur Verwaltung berufenen Familienglieder ihre Rechte auf die Verwaltung gegenüber den aus der Oberaufsicht des Staates fließenden obrigkeitlichen Maaßregeln vor den bürgerlichen Gerichten verfolgen können; bei den für öffentliche Zwecke gewidmeten Stiftungen muß diese Frage jedenfalls verneint werden. Hier werden jene Anordnungen des Stifters durch die Genehmigung, welche der Staat der Stiftung und den sie regelnden Normen des Stiftungsbriefes ertheilt, Bestandtheile der über die Verwaltung öffentlicher Stiftungen maaßgebenden Vorschriften des öffentlichen Rechtes und bei Streitigkeiten über die Anwendung und Auslegung solcher Normen wird das, Privatpersonen eingeräumte Recht der Verwaltung zwar gegen jede willkürliche Beeinträchtigung geschützt werden, aber keinenfalls im Wege des bürgerlichen Rechtsstreites (Vergleiche Erkenntniß des Obertribunals in Stuttgart vom 16. April 1847 bei Seuffert Archiv IV. S. 414: „Bei einer für öffentliche Zwecke errichteten Stiftung ist allerdings zunächst der Wille des Stifters auch hinsichtlich der Person und der Befugnisse des Verwalters zu befolgen, allein die Betheiligten erlangen dadurch keine privatrechtlichen, vor dem Richter zu verfolgenden Ansprüche.") Die Unzulässigkeit einer bürgerlichen Klage wird aber jedenfalls dann allen Bedenken enthoben sein, wenn der Stifter nicht eine Privatperson, sondern eine öffentliche Behörde oder eine öffentliche Corporation zur Theilnahme an der Verwaltung berufen hat. Abgesehen davon, daß in den meisten Fällen älterer Stiftungen, bei welchen der Kirche ein Recht der Aufsicht und Verwaltung durch den Stiftungsbrief zugesprochen wird, der Stifter eben nur den damaligen Rechtszustand im Auge hatte, demzufolge der Kirche ein solches Recht allgemein zukam, liegt es auf der Hand, daß die Befugnisse und Rechte öffentlicher Behörden und nicht minder die Stellung, welche die Kirche innerhalb der politischen Einrichtungen des Staates einnimmt, nicht durch Verfügungen von Privatpersonen auf den Wegen des Privatrechtes erweitert oder beschränkt werden können. Die Stiftung kann allerdings ihren ersten Ursprung in einem privatrechtlichen Acte finden, die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte bestimmt sich aber nach der Natur des streitigen Rechtes, nicht nach der Entscheidungsart desselben, und wenn Testamente u. s. w. innerhalb des Privatrechtes übliche Formen der Verfügung bilden, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß ein in dieser Form niedergelegter Willensact nicht auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zur Wirksamkeit gelangen könne. Eine Mißachtung der von dem Stifter gegebenen Vorschriften über die Verwaltung seiner Stiftung kann allerdings privatrechtliche Ansprüche begründen, wenn nämlich jene Vorschriften als die unabänderliche Bedingung und Voraussetzung der Stiftung ausgegeben werden können, in solchen Fällen sind es aber nur die Erben des Stifters, welche vor Gericht ihre Ansprüche auf das Stiftungsgut erheben können, sicher aber nicht die Behörden oder öffentlichen Corporationen, denen ein Privatrecht auf die Fortdauer der ihnen durch den Stiftungsbrief und dessen Genehmigung durch die Staatsgewalt verliehenen Befugnisse nicht zusteht.

Anordnungen der Stifter über die Verwaltungen der Stiftungen wurden bei uns stets beobachtet und auch in dem Gesetze vom 9. Oktober 1860 ist in §. 10 hinsichtlich der kirchlichen Stiftungen die fortdauernde Wirksamkeit solcher Anordnungen anerkannt. Niemals aber wurde ein privatrechtlicher Anspruch auf die Aufrechterhaltung und Fortdauer solcher Anordnungen gegenüber den Rechten, welche der Staatsgewalt hinsicht-

Digitized by Google

lich der öffentlichen Stiftungen zustehen, zugelassen. Die Vorschriften über die Verwaltung des Stiftungsvermögens haben vielmehr in den letzten 60 Jahren mannigfache Veränderungen und Umwandlungen erfahren, indem der Theilnahme sowohl der Kirchen wie der politischen Gemeinden an dieser Verwaltung bald engere, bald weitere Schranken gezogen wurden, keineswegs aber hat man angenommen, daß die Staatsregierung in dieser organisatorischen Thätigkeit durch privatrechtliche Ansprüche der Kirchen oder der Gemeinden beschränkt sein könnte, und daß — solchen Aenderungen bestehender Verwaltungseinrichtungen gegenüber — Kirchen oder Gemeinden auf Grund der ihnen bisher zugestandenen Befugnisse eine Entscheidung des bürgerlichen Richters einholen könnten.

Das aus der Natur der Sache und aus allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen folgende Recht der Staatsregierung auf die Ordnung und Leitung der Verwaltung des Stiftungsvermögens hat aber auch einen formellen Ausdruck in den Grundgesetzen des Landes gefunden.

§. 65 des Reichsdeputationsrecesses, auf welchen man die hier bekämpfte Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte zu stützen versucht hat, gebietet allerdings, fromme und milde Stiftungen „wie jedes Privateigenthum" zu conserviren, er fährt aber alsbald wörtlich weiter: „Doch so, daß sie der landesherrlichen Aufsicht und Leitung untergeben bleiben," er hebt also ausdrücklich hervor, daß jene Gleichstellung mit dem Privateigenthum die Rechte der Staatsgewalt nicht ausschließt, welche dieser — der öffentlichen Natur der Stiftung zufolge — zukommen müssen. Von den Bestimmungen des Landrechtes war schon oben die Rede. Das zweite Constitutionsedikt hat in §. 9 und 10 die Rechtsverhältnisse der Corporationen und „Staatsanstalten" eingehend behandelt. Dort wird für alle Gesellschaften, deren Zwecke zugleich einen Theil des Staatszweckes bilden, die landesherrliche Beiwirkung vorbehalten, welche sich in dem Auflösungs- und Umgestaltungsrechte äußert, sobald der Gesellschaftszweck mit dem Staatszwecke in Gegenstoß verfällt, und welche für alle Schlüsse und Ordnungen der Gesellschaft, soweit sie auf den Staatszweck Bezug haben, das Recht der Minderung oder Mehrung der Staatsgewalt wahrt. Ferner wird für die Staatsanstalten (Institute), d. h. den durch die normirten Beiträge einzelner Staatsbürger dauernd begründeten Einrichtungen zur Erreichung von Vortheilen, die mit unter die ergänzenden Theile des Staatszweckes gehören, wie Spitäler, Irrenhäuser, Versorgungsanstalten für Dienerwittwen, verfügt, daß die Verwaltung und Leitung entweder ganz der Staatsregierung, soweit nicht unwiderrufliche Bestimmungen der Entstehungsurkunde entgegenstehen, anheimfallen, oder daß derselben doch die gleichen Rechte wie gegenüber den Körperschaften zustehen. Es kann keinem Bedenken unterliegen, diese Grundsätze, welche zunächst nur von bestimmten Arten juristischer Persönlichkeiten aufgestellt sind, auch auf die in anderer Weise zu Stande gekommenen Stiftungen mit öffentlichen Zwecken zu übertragen.

Dürfen die bisherigen Ausführungen als begründet angesehen werden, so wird keine weitere Auseinandersetzung zur Widerlegung der Ansicht nöthig fallen, welche etwa aus den Bestimmungen des 3. Organisationsediktes privatrechtliche Ansprüche der verschiedenen Confessionen auf die Verwaltung der ihnen nach jenem Gesetze zu gut kommenden Stiftungen ableiten will. Die den verschiedenen Religionstheilen eingeräumte Betheiligung an der Verwaltung der Stiftungen ist ganz gleicher Art, wie das den Kirchen durch das Gesetz vom 9. Oktober 1860 gewährte Recht der Mitleitung bei der Verwaltung der kirchlichen Stiftungen; beide Gesetze gehören dem öffentlichen Rechte an und sind für die privatrechtlichen Beziehungen der Stiftungen ohne Erheblichkeit.

Nach allen diesen Erörterungen bleibt als einzige Basis für die gerichtliche Zuständigkeit der von den Gerichten jeweils angerufene §. 21 der landesherrlichen Verordnung vom 20. November 1861, beziehungsweise §. 16 der Verordnung vom 28. Februar 1862 über die Verwaltung des katholischen und des evangelischen Kirchenvermögens. Dort wird bezüglich der Leistungen aus kirchlichen Fonds für Schulen-, Kranken- oder Armenpflege, und der Leistungen aus Gemeindemitteln zu kirchlichen Bedürfnissen, endlich hinsichtlich der Frage, ob Stiftungen als kirchliche oder weltliche zu beurtheilen sind, zunächst der gegenwärtige Besitzstand für entscheidend erklärt, bis über Veränderungen ein Einvernehmen zwischen den Staats- und Kirchenbehörden, oder geeigneten Falls eine richterliche Entscheidung herbeigeführt worden sei.

Da aber nach §. 1 der bürgerlichen Prozeßordnung die Gerichte nur über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben, so ist vor allem klar, daß jene Verordnung eine Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für Fälle weder begründen konnte noch wollte, welche nach der vorausgegangenen Darlegung gar nicht zu den

Digitized by Google

bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten gerechnet werden könnten. Die Verordnung hat ſich eine ſolche Befugniß auch ihrem Wortlaute nach nicht beigelegt; ſie erklärt keineswegs alle Streitigkeiten über die fraglichen Rechtsverhältniſſe für bürgerliche Rechtsſtreitigkeiten, vielmehr behält ſie die richterliche Entſcheidung ausdrücklich nur *für die hierfür geeigneten Fälle* vor.

Die Frage aber, ob eine Stiftung als kirchlich oder weltlich zu betrachten ſei, eignet ſich in dieſer Geſtalt überhaupt nicht zum Gegenſtande einer gerichtlichen Verhandlung; es kommt vielmehr darauf an, welche Rechte aus jener Eigenſchaft in Anſpruch genommen und auf welche Rechtsſätze dieſe Anſprüche zurückgeführt werden. Wenn alſo die Kirche geltend macht, daß ein — gewiſſen Zwecken teſtamentariſch gewidmeter Vermögensgegenſtand durch dieſe Verfügung in das Eigenthum einer gewiſſen Kirchenfabrik gefallen ſei, oder daß eine Schenkung als eine Zuſtiftung zu einer beſtehenden kirchlichen Stiftung erſcheine, mithin ein Beſtandtheil des Vermögens dieſer Stiftung geworden ſei, ſo ſind in der That die Anſprüche auf Herausgabe dieſer Vermögenstheile auf Eigenthumsrechte der Kirche oder der von ihr vertretenen Stiftung geſtützt und vor den bürgerlichen Gerichten zu verfolgen. Wird dagegen lediglich behauptet, eine gewiſſe Stiftung ſei nach der Abſicht des Stifters, nach den Beſtimmungen über die Verwendung ihrer Erträgniſſe der Befriedigung kirchlicher Bedürfniſſe gewidmet und wird demgemäß die Ausübung des der Kirche an ſolchen Stiftungen eingeräumten Mitverwaltungsrechts in Anſpruch genommen, ſo liegt eine dem öffentlichen Rechte entſprungene Befugniß in Frage, und die Entſcheidung entzieht ſich der richterlichen Zuſtändigkeit. Ganz in gleicher Weiſe iſt auch bei Streitigkeiten über Leiſtungen aus Gemeindemitteln zu kirchlichen Zwecken vor allem der Rechtsgrund zu unterſuchen, auf welchen die Forderung gegründet wird. Gehört derſelbe dem öffentlichen Rechte an, ſo wird ſicher nicht bezweifelt, daß trotz jener Verweiſung auf den richterlichen Austrag in den beſagten Verordnungen die bürgerlichen Gerichte nicht zu entſcheiden haben, hierzu vielmehr früher die Verwaltungsbehörden, und ſeit der Organiſation einer ſelbſtſtändigen Gerichtsbarkeit für Streitfälle des öffentlichen Rechts die Verwaltungsgerichte kraft §. 5 des Geſetzes vom 5. Oktober 1863 berufen ſind.

Ob eine Ausdehnung der Zuſtändigkeit der Verwaltungsgerichte auf die Entſcheidung der aus dem öffentlichen Rechte fließenden Anſprüche auf die Verwaltung der Stiftungen rathſam und ausführbar ſei, wird den Gegenſtand weiterer Prüfung zu bilden haben. Zunächſt aber ſcheint es uns dringend geboten, der hier bekämpften Rechtſprechung einzelner Gerichtshöfe entgegenzutreten. Es wird dies ſchon durch die im Eingange dieſes Vortrages erwähnten Schwankungen in den Anſichten des höchſten Gerichtshofes nothwendig, außerdem ſind aber auch die Folgerungen, zu welchen die irrige Auffaſſung des vorliegenden Verhältniſſes führt, mit mannigfachen Nachtheilen verknüpft und geeignet, eine völlige Verwirrung über die gegenſeitigen Rechte von Staat und Kirche auf dieſem Gebiete herbeizuführen. Die katholiſche Kirche kann nicht als Prozeßpartei in dieſen Rechtsſtreitigkeiten zugelaſſen werden, wenn man nicht einräumen will, daß ihr in der That privatrechtliche Anſprüche auf die beſagten Stiftungen zuſtehen. Ebenſowenig wird es angehen, daß der Oberſtiftungsrath, die Behörde, welche auch zur Wahrung der ſtaatlichen Rechte verpflichtet iſt, unter der Bezeichnung eines Vertreters der katholiſchen Kirche — von der Staatsregierung in Anſpruch genommene Berechtigungen vor den Gerichten in Frage zieht. Vor den bürgerlichen Gerichten kann der Staat überhaupt nur als Fiscus, als Vertreter des Staatsvermögens, belangt werden, nicht aber auch dann, wenn ihm, wie hier, die Ausübung politiſcher Funktionen, des Rechtes auf Leitung des Stiftungsvermögens ſtreitig gemacht werden ſoll. Und auch die Stiftung ſelbſt kann nicht Partei in dieſen Prozeſſen ſein, gerade die von den Gerichten wiederholt ausgeſprochene Verurtheilung der Stiftung ſelbſt in die meiſt erheblichen Koſten des Rechtsſtreites muß eine Mahnung ſein, das bisherige Verfahren zu bekämpfen, denn es liegt auf der Hand, daß die Stiftung, um deren Verwaltung Staat und Kirche ſtreiten, unmöglich verpflichtet ſein kann, ihre Mittel zur Beſtreitung der Koſten dieſes Streites herzugeben."

Zur Durchführung der in dieſem Erlaſſe geltend gemachten Anſchauung wurden ſodann J. S. der katholiſchen Kirche, unter Vertretung des katholiſchen Oberſtiftungsraths in Carlsruhe, Kl., Appellatin, Oberappellantin, gegen den großh. Verwaltungshof in Bruchſal als Vertreter des weltlichen Stiftungsvermögens, Bekl., Appellanten, Oberappellanten, Anerkennung der kirchlichen Natur der Mötz'ſchen Stipendienſtiftung in Villingen betr. und J. S. derſelben Kl., Appellantin, Oberap-

Digitized by Google

vellantin, gegen denselben Bekl., Appellaten, Oberappellaten als Vertreter der Kurz'schen Stipendienstiftung zu Ueberlingen und die Stadtgemeinde Ueberlingen, Anerkennung der kirchlichen Eigenschaft der genannten Stiftung betreffend — Competenzconflicte erhoben. Diese sind von großh. Staatsministerium — als Staatsgerichtshof — durch Entscheidung vom 8. Nov. 1869 für begründet erklärt und die auf Grund der unterstellten Zuständigkeit ergangenen gerichtlichen Urtheile aufgehoben worden.

Entscheidungsgründe.

In Erw., daß die in Frage liegende Kurz-(Mötz')sche Stipendienstiftung, inhaltlich des hierüber vorhandenen Stiftungsbriefes ein für sich bestehendes, mit einer eigenen Verwaltung versehenes Rechtssubject bildet, welchem allein das Vermögen angehört, das für diese Stiftung bestimmt wurde;

in Erwägung, daß, wenn auch die Beurtheilung des Zweckes dieser Stiftung und die Auslegung der Fundationsurkunde derselben in gewissen Fällen eine Sache der bürgerlichen Gerichte werden kann, dieses doch nur dann der Fall sein wird, wenn und in sofern Jemand aus dieser Urkunde Privatrechte ableiten würde, indem nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte nur solche Rechte einen Gegenstand der Entscheidungen derselben bilden;

Verfassungsurkunde §. 14,

Bürgerliche Prozeßordnung §. 1,

in Erwägung, daß ein solcher Fall bei der vorwürfigen Frage überall nicht vorliegt, da, selbst wenn anzunehmen wäre, daß die Stiftung, insofern aus dem Erträgniß des Stiftungsvermögens Studenten der katholischen Theologie unterstützt werden sollen, die Interessen der katholischen Kirche überhaupt zu fördern bezwecke, und, wenn ferner daraus gefolgert werden könnte, daß dieselbe in dieser Beziehung, wenn auch nicht gerade ausschließlich, doch in gewisser Hinsicht, auch den Bedürfnissen der kathol. Kirche des Landes diene — damit noch keinerlei Privatrecht derselben begründet, sondern daraus höchstens nur abzuleiten wäre, daß das Vermögen unter die Bestimmung des §. 10 des Gesetzes vom 9. Oktober 1860 falle;

in Erwägung, daß aber auch dann von einem eigentlichen Kirchenvermögen oder einem Privatrecht der Kirche noch keine Rede sein könnte, und zwar ebensowenig als hinsichtlich anderer, die Staatszwecke fördernden Stiftungen dieses bei dem Staate der Fall wäre, obgleich auch derartige Vermögen in einem gewissen Sinne des Wortes zum Staatsvermögen gezählt werden können;

in Erwägung, daß vielmehr unter den angegebenen Voraussetzungen nur ein gemeinsames Aufsichtsrecht der Kirche und des Staates über die Verwaltung der Stiftung begründet wäre, welches aber lediglich in dem öffentlichen Rechte seinen Grund hätte, und zwar bei der Kirche in dem Interesse, das sie bei der Erhaltung und Verwendung des ihren Bedürfnissen gewidmeten Vermögens hat, bei dem Staate aber in dem Umstand, daß es sich um Mittel handelt, welche jedenfalls auch öffentlichen Zwecken dienen, sowie in der im Einklang mit §. 65 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Februar 1803 erlassenen Bestimmung des §. 20 der Verfassungsurkunde, in Folge deren dem Staate die Aufsicht über alle öffentlichen Stiftungen zukommt, und zukommen muß, wenn er der durch jenen §. ihm gestellten Aufgabe genügen soll;

in Erwägung aber, daß — wenn selbst das gemeinsame Aufsichtsrecht, welches die Kirche mit dem Staate über gewisse Vermögenscomplexe auszuüben berechtigt ist, keinen vor die bürgerlichen Gerichte gehörenden Gegenstand bildet, hieran auch dadurch nichts geändert wird, daß bei der hier in Frage liegenden Stiftung mit dem Aufsichtsrecht in gewissen Fällen eine Art Verfügungsgewalt über die Erträgnisse derselben verknüpft ist, indem auch dieses nur ein Ausfluß des Aufsichtsrechts, somit wie dieses selbst, lediglich öffentlich rechtlicher Natur ist;

in Erwägung, daß die hiernach mangelnde Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte auch nicht durch Berufung auf die zum Vollzug des §. 10 des Gesetzes vom 9. Oktober 1860 erlassene landesherrliche Verordnung vom 20. November 1861 begründet werden kann, indem der §. 21 derselben hinsichtlich der Frage, ob eine Stiftung als kirchliche oder weltliche zu betrachten sei, nur für die Fälle von gerichtlicher Entscheidung spricht, welche sich überhaupt hiezu eignen, im Uebrigen aber angenommen werden muß, daß, wenn man in dieser Hinsicht eine Erweiterung der gerichtlichen Competenz beabsichtigt hätte, sicherlich der hierfür erforderliche Weg durch Erlassung eines Gesetzes eingeschlagen worden wäre —

aus diesen Gründen mußte der von dem großh. Ministerium des Innern erhobene Competenzconflict für begründet erachtet, und mußten demgemäß die in obiger

Digitized by Google

Sache ergangenen gerichtlichen Urtheile, wie geschehen, aufgehoben worden.

131.

Die von dem Hauptschuldner acceptirte Wechselurkunde genügt nicht zur Begründung der Klage gegen dessen, nicht wechselmäßig verpflichteten Bürgen, beziehungsweise Sammtschuldner.

Die Fähigkeit zur Uebernahme einer Verbindlichkeit und zum gerichtlichen Auftreten eines Ausländers ist nach den Gesetzen seines Vaterlands, die Rechtsbeständigkeit der von ihm im Inlande übernommenen Verbindlichkeit aber nach badischem Rechte zu beurtheilen.

L.R.S. 3. 3a.

Die Uebernahme der Haftbarkeit für künftig erst entstehende Schulden eines Dritten kann weder wegen Unbestimmtheit des Gegenstands der Verbindlichkeit beanstandet werden, noch ist sie den Grundsätzen über Bürgschaft zuwider.

Täuschungen des Schuldners durch dritte Betheiligte können gegenüber dem Gläubiger die Vernichtung seiner Forderung wegen Betrugs nicht bewirken.

Ueber obige Sätze ist in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 14. Oktober 1869,

In Sachen
des Aron Kaufmann in Weinheim,
Klägers, Appellanten, Oberappellanten,
gegen
die Ehefrau des Karl Zutavern, Margaretha geborene Baumer, zur Zeit in Reihen,
Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,
Forderung betreffend,

bezüglich der Beschwerde des Klägers gegen die Urtheile der Vorderinstanzen darüber, daß er mit seiner Forderung von 2600 fl. nebst Zinsen abgewiesen worden ist, folgende Erörterung enthalten:

„Die gegen die beklagte Ehefrau angestellte Klage kann zwar auf den von deren Ehemann acceptirten Wechsel vom 8. Februar 1867 unter gleichzeitiger Berufung auf die beiden Urkunden vom 24. und 28. Dezember 1866, worin sich die Beklagte dem Kläger für die Schulden ihres Ehemannes als haftbar erklärt, nicht gegründet werden. Denn die Beklagte ist dem Kläger nicht wechselmäßig verpflichtet; nach dem gemeinen bürgerlichen Recht und dem ordentlichen Prozeßverfahren ist aber unzweifelhaft, daß der Kläger diejenigen Thatsachen, woraus die eingeklagte Verbindlichkeit des beklagten Theil hervorgehen soll, speziell anführen und nöthigenfalls beweisen muß, damit der Richter beurtheilen kann, ob dieselbe auf den Grund jener Thatsachen zur rechtlichen Existenz gelangt ist. Handelt es sich, wie hier, um das Dasein einer Bürgschaft, beziehungsweise Sammtverbindlichkeit für die geltend gemachte Forderung, so ist nicht nur die Uebernahme jener Verpflichtung des beklagten Theils, sondern es sind vor Allem die Thatsachen, woraus die Hauptschuld entstanden sein soll, anzuführen, weil nach L.R.S. 2012 die Haftbarkeit der Beklagten nur zu Recht besteht, wenn sie für eine giltige Schuld übernommen ist, indem sie als Nebenverbindlichkeit im Allgemeinen das Schicksal der Hauptverbindlichkeit theilt, daher mit ihr steht und fällt, die Rechtsgiltigkeit der Bürgschaft, beziehungsweise der für eine fremde Schuld übernommenen Sammtverbindlichkeit somit vom Richter nur beurtheilt werden kann, wenn er die der Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegenden Thatsachen kennt. Dieser Grundsatz des L.R.S. 1131 ist auch in prozessualischer Beziehung durch §. 257 der Pr.O. ausdrücklich anerkannt, welcher vorschreibt, daß die Klage den thatsächlichen Klaggrund enthalten müsse. Mit Recht hat sich daher die Civilkammer mit der mangelhaften Klagbegründung nicht begnügt, sondern durch Vorverfügung dem Kläger die entsprechende Klagvervollständigung aufgegeben. Die deßfallsige Beschwerde des Oberappellanten erscheint demnach als hinfällig.

Allein der Kläger hat jener Vorverfügung gemäß seine ursprünglich mangelhafte Klage ergänzt, und danach besteht das Rechtsgeschäft, aus welchem er seine Forderung ableitet, in einem Kaufvertrag vom 13. Februar 1867, wodurch Kläger dem Ehemann der Beklagten, Karl Zutavern 25 Ohm rothen Wein, die Ohm zu 64 fl. und 20 Ohm weißen Wein, die Ohm zu 50 fl. verkauft und übergeben habe. Die Beklagte hat aber dem Kläger gegenüber in den beiden Urkunden vom 24. und 28. Dezember 1866, welche im Wesentlichen gleichen Inhalts sind, die Sammtverbindlichkeit, beziehungsweise Bürgschaft mit Verzicht auf die Voraus-

Digitized by Google

klage übernommen, sowohl für dessen jetzige, als auch für künftige Forderungen an ihren Ehemann in unbestimmtem Betrage, welche aus Geschäften herrühren, wodurch Karl Zutavern Mehl, Frucht und sonstige Landesprodukte auf Credit von ihm bezieht oder sonstige Handelsgeschäfte mit ihm abschließt. Hiernach erscheint die Klage zur Genüge begründet.

Was zunächst den Gerichtsstand betrifft, so kommt hier in Betracht, daß die Verträge, woraus geklagt wird, in Weinheim abgeschlossen wurden, und daß auch Weinheim als Erfüllungsort bestimmt ist. Es ist daher, obgleich die beklagte Ehefrau Ausländerin, nämlich großh. hessische Staatsangehörige ist, und das Ortsbürgerrecht in Heppenheim erworben hat, nach den §§. 31 und 60 der Pr.O. die Zuständigkeit der inländischen Gerichte begründet, was auch der beklagte Theil anerkannt hat. Ferner war die Civilkammer, vor welcher die Beklagte sich eingelassen, und welche der Entscheidung sich unterzogen hat, nach §§. 46 und ff. der Pr.O. als prorogirtes Gericht zuständig.

Aus der Eigenschaft der beklagten Ehefrau als Ausländerin folgt, daß ihre Rechtsfähigkeit gemäß L.R.S 3 nach den Gesetzen ihres Heimathlandes sich richtet. Ob sie daher fähig war, jene Haftbarkeit dem Kläger gegenüber zu übernehmen, ferner ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie vor Gericht auftreten darf, diese Fragen betreffen ihre Rechtsfähigkeit und sind also nach den großh. hessischen Gesetzen zu beurtheilen.

Stabel, Vortrag §. 19.

Zachariä, Bd. I. S. 74 Note 10.

Anlangend nun die Uebernahme der Bürgschaft und Sammtverbindlichkeit, wozu nach badischem Recht (L.R.S. 217. 219) die Ermächtigung des Ehemanns oder des Gerichts erforderlich ist, behauptet der beklagte Theil, daß nach großh. hessischem Recht ebenfalls die ehemännliche Ermächtigung nothwendig sei, während der Kläger dies in Abrede zieht und behauptet, nach hessischem Recht genüge es, wenn eine Ehefrau die fraglichen Geschäfte vor Gericht eingeht.

Nach der Urkunde vom 24. Dezember 1866 hat nun der Ehemann der Beklagten dieselbe zur Uebernahme der Sammtverbindlichkeit ausdrücklich ermächtigt, und in der Urkunde vom 28 Dezember 1866 hat die beklagte Ehefrau ihre Verpflichtung auch vor einem Gerichte ihres Heimathslandes, dem großh. hess Landgerichte Lorsch, wiederholt übernommen, und damit den beiderlei erwähnten angeblich gesetzlichen Bedingungen entsprochen. Was aber die Berechtigung zur Prozeßführung angeht, so ist die nach inländischem Rechte (L.R.S. 215. 218) nothwendige ehemännliche oder gerichtliche Ermächtigung und daher die von dem Amtsgerichte Weinheim für die zweite und dritte Instanz ertheilte Ermächtigung der Beklagten vor Gericht zu stehen, nach großh. hess. Rechte nicht erforderlich.

2c. Bezüglich der von der Beklagten übernommenen Haftbarkeit ist die Frage der Rechtsbeständigkeit und rechtlichen Wirksamkeit nach bad. Recht zu prüfen, weil diese Verbindlichkeit ausweislich der anerkannten Haupturkunde vom 24. Dezember 1866 im Inlande entstanden ist, L.R.Z.S. 3a, Stabel, Vorträge §. 22. Die hiernach von der Beklagten übernommene Haftbarkeit erstreckt sich auch auf den vorliegenden Kaufvertag, denn sie übernahm solche nach Inhalt jener Urkunde für die Forderungen des Klägers aus dessen Geschäftsverbindung mit ihrem Ehemann, insbesondere aus der Lieferung von Mehl und sonstigen Producten oder, wie es in der Urkunde vom 28. Dezember 1866 heißt, von Mehl, Frucht und sonstigen Landesproducten und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß zu diesen Producten auch Wein gerechnet werden muß.

Gegen die Anwendbarkeit dieser Haftbarkeitserklärung der Beklagten auf das vorliegende Rechtsgeschäft wird nun, unter Berufung auf L.R.S. 1129 eingewendet, daß der Gegenstand der Verbindlichkeit nicht bestimmt sei und es kein Mittel gebe, ihn zu bestimmen. Dies ist jedoch unbegründet, die fragliche Verpflichtung entspricht vielmehr dem Erforderniß des L.R.S. in genügender Weise, da sie in der Zahlung von — wenn auch erst künftig entstandenen — Schulden eine der Gattung nach bestimmte Sache zum Gegenstand hat, deren Größe überdies durch die mit dem Kläger noch vorzunehmenden Rechtsgeschäfte des Karl Zutavern bestimmbar und durch die sodann vorgenommenen wirklich bestimmt worden und demnach die Bedingung, unter der die Intercession eingegangen wurde, für den vorliegenden Fall eingetreten ist.

Ebenso verwerflich erscheint die Einwendung, die übernommene Bürgschaft sei deßhalb unbegründet, weil sie nicht für schon bestehende, sondern erst für künftig entstehende Verbindlichkeiten übernommen worden sei. Der L.R.S. 2012 setzt als Voraussetzung des Rechtsbestandes einer Bürgschaft nur fest, daß sie für eine gültige Schuld übernommen ist, unterscheidet aber nicht,

Digitized by Google

ob die Schuld zu Zeit der Eingehung der Bürgschaft schon besteht, oder erst künftig entsteht, daher, da nach L.R.S. 1130 auch zukünftige Sachen Gegenstand einer Verbindlichkeit sein können, auch die Verbürgung für eine künftige Schuld, wenn nur diese letztere eine gültige ist, von deren Entstehung an — allgemein als eine rechtswirksame angesehen wird. Zachariä II. S. 539 Note 3 und die dort citirten Autoritäten, ferner Pardessus nro. 586; Dalloz, caut. nro. 68; Aubry et Rau III. p. 491 vor und in Note 5; Laukhard V. 314; VIII. 118, Annalen XV. 147, XXXI. 255.

Ferner behauptet die Beklagte, die Uebernahme der Bürgschaft habe ihr Ehemann arglistig erschlichen, indem er sie über seinen Schuldenstand getäuscht, ihr nämlich vorgemalt habe, es stehen nur wenige namhafte Posten im Rückstande, und durch ihre Bürgschaft komme er in geordnete Verhältnisse. Da jedoch in diesem Vorgeben blos einfache Unwahrheiten enthalten, nicht aber betrügerische Vorspiegelungen, Kunstgriffe oder Täuschungsmittel in Anwendung gebracht wären, so kann von einem Betruge, welcher die Nichtigkeit der übernommenen Verbindlichkeit zur Folge hätte, um so weniger die Rede sein, als nach dem Vorbringen der Beklagten die unwahren Angaben nicht vom Kläger, sondern von einem Dritten herrühren sollen, daher, wenn selbst ein Betrug vorläge, dies die dem Kläger gegenüber übernommene Haftbarkeit nicht ungültig machen, sondern nur Entschädigungsansprüche gegen die Person des Betrügers begründen würde. L.R.S. 1116. 1176. 1381 a.b; Zachariä II. S. 343 Note 5; Stabel, Vortr. S. 155, Oberh. Jahrb. N. F. VIII. S. 518. Red.

152.

1) Ein vor dem 1. Januar 1810 geborenes anerkanntes uneheliches Kind wird durch die nachfolgende, erst nach Einführung des gegenwärtigen badischen Landrechtes abgeschlossene Ehe seiner Eltern auch dann legitimirt, wenn die Anerkennung nicht nach Vorschrift des L.R.S. 334 in einer öffentlichen Urkunde, sondern mündlich oder stillschweigend erfolgt ist, sofern eine solche Anerkennung nach dem früher geltenden Rechte giltig war.

2) Diesem Grundsatz steht die Vorschrift des §. VII. Abs. 2 des I. Einführungsedicts zum Landrecht nicht entgegen.

Der hier erwähnte Rechtsstand der unehelichen Kinder ist gleichbedeutend mit: Inbegriff der den unehelichen Kindern als solchen zustehenden Rechte, bezieht sich aber nicht auf die Bedingungen, unter denen sie legitimirt werden.

Obige meines Wissens von badischen Gerichtshöfen noch nicht beantwortete Rechtsfragen kamen bei dem großh. Kreisgerichte Heidelberg in einem durch Verfallenerklärung der angezeigten Appellation rechtskräftig gewordenen Urtheil vom 15. Juni 1869 zur Entscheidung. Der am 22. Juni 1867 kinderlos und ohne Hinterlassung von Ahnen verstorbene Bierbrauer Jakob Kolb wurde am 4. Juli 1808 von der ledigen Jakobine Schmitt geboren, die sich später, am 30. März 1812, mit Moritz Kolb verehelichte. Da Letzterer den unehelichen Sohn seiner Ehefrau weder in der Heirathsurkunde noch vorher in einer andern öffentlichen Urkunde als seinen natürlichen Sohn anerkannt hat, so ging nach dem Tode des Jakob Kolb die Theilungsbehörde von der Ansicht aus, daß dieser überhaupt keine erbfähigen Verwandten habe, und das Vermögen seiner überlebenden Ehefrau zufalle, welche auch in Besitz und Gewähr des Nachlasses eingewiesen wurde. Die Nachkommen eines Bruders und einer Schwester des Moritz Kolb (also eines Oheims und einer Tante des Erblassers Jakob Kolb *)) erhoben jedoch Ansprüche auf das Eigenthumsrecht an dem Nachlaß, indem sie behaupteten, die gesetzlichen Erben des verstorbenen Jakob Kolb zu sein, und dies damit begründeten, daß Moritz Kolb der Vater des unehelichen Sohnes seiner Ehefrau gewesen, und denselben schon vor dem 1. Januar 1810 (vor Einführung des gegenwärtigen badischen Landrechts) ausdrücklich und stillschweigend als seinen Sohn anerkannt habe, daß dieser also durch die spätere Verehelichung seiner Eltern ehelich gemacht worden sei. Die beklagte Wittwe des Jakob Kolb bestritt dies wegen Mangels einer Anerkennung des Jakob Kolb in der Heirathsurkunde oder einer andern öffentlichen Urkunde. L.R.S. 331. 334. Der Gerichtshof entschied jedoch — nachdem er aus der Be-

*) Wenn dieser als legitimirter Sohn des Moritz Kolb betrachtet wird. D. Eins.

Digitized by Google

weisführung die Ueberzeugung erlangt hatte, daß Jakob Kolb schon vor dem 1. Januar 1810 von Moritz Kolb sowohl mündlich als stillschweigend als sein Sohn anerkannt worden sei — zu Gunsten der Kläger. Ueber die dabei in Betracht kommenden Rechtsfragen sprechen sich die Entscheidungsgründe des kreisgerichtlichen Urtheils dahin aus:

Der Code Napoleon (Art. 331) legt der Ehe nur dann die Wirkung der Ehelichmachung unehelicher Kinder bei, wenn diese von den Eheleuten entweder vor ihrer Verheirathung gesetzmäßig anerkannt wurden (legalement reconnu) oder, wenn die Anerkennung wenigstens in der Heirathsurkunde erfolgt ist. Obgleich nun die Fassung des badischen Landrechtes im Satz 331 von dem Urtext etwas abweicht, so will damit doch nicht etwas Anderes gesagt werden, insbesondere dürfen die Worte, „wenn Beide zusammen vor der Heirath sie anerkannt haben" nicht etwa so ausgelegt werden, daß die Anerkennung von beiden Eltern in derselben Urkunde erfolgt sein müsse, sondern es wollte der Gesetzgeber damit nur andeuten, daß jeder Elterntheil das Kind als ein mit dem andern Elterntheil gemeinschaftlich, beziehungsweise zusammen erzeugtes anerkannt haben müsse. Brauer Bd. I. S. 237, Anm. 27 S. 122. In dem vorliegenden Fall ist an dem Vorhandensein dieses Erfordernisses nicht zu zweifeln und kann daher sofort zu der Frage übergegangen werden, ob eine gesetzmäßige Anerkennung von Seiten des Vaters Moritz Kolb stattgefunden habe. Nach dem gemeinen deutschen Civilrecht, welches vor Einführung des jetzigen badischen Landrechtes in Baden Geltung hatte, genügte jede ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung unehelicher Kinder, um ihnen die Rechte natürlicher Kinder zu verleihen, insbesondere genügte sie auch, um ihre Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern herbeizuführen,

Puchta, Pandecten und Vorlesungen §. 455. 440.
Windscheid, Pandecten Bd. 2 §. 522.
Sintenis, gem. prakt. Civilrecht Bd. III. S. 345. 102 – 103,

und an diesen Grundsätzen des gemeinen Rechts hat auch das hier in Betracht kommende Partikularrecht der Pfalz nichts geändert.

Pfälzer Landrecht von 1700 IV. Theil 5. und 6. Titel S. 392 – 94.

L.R.S. 334 schreibt nun allerdings vor, daß die Anerkennung eines natürlichen Kindes, wenn sie nicht in dessen Geburtsurkunde erfolgt ist, in öffentlicher Urkunde geschehen muß. Allein diese Vorschrift kann auf solche Anerkennungen, die unter der Herrschaft des früheren Rechts geschahen, nicht angewendet werden, weil das Gesetz nur für die Zukunft verfügt und keine rückwirkende Kraft hat. L.R.S. 2. Ein uneheliches Kind, das vor Einführung des Landrechts anerkannt wurde, hat mit dieser Anerkennung dem anerkennenden Elterntheil gegenüber die Rechte eines natürlichen (anerkannten) Kindes erworben, und wenn man ihm diese Rechte deßhalb wieder entziehen wollte, weil das später eingeführte Gesetz eine andere Form der Anerkennung vorschreibt, als das frühere Recht, unter dessen Herrschaft die Anerkennung geschah, so würde man dem neuen Gesetze ohne Zweifel rückwirkende Kraft beilegen, was ihm L.R.S. 2 doch ausdrücklich versagt.

Demolombe Bd. I. No. 41. 42.

Ob dieselben Grundsätze auch bezüglich der zur Legitimation erforderlichen Anerkennung gelten, ist auf den ersten Blick allerdings etwas zweifelhafter, weil die letztere nur eine thatsächliche Voraussetzung der ersteren ist, diese selbst aber, sowie die Rechte eines legitimen Kindes erst mit dem Abschluß der Ehe eintreten. Es läßt sich daher, wenn die Anerkennung unter dem alten, der Eheschluß aber unter dem neuen Recht stattgefunden hat, nicht ohne Schein behaupten, daß erst unter dem neuen Gesetz ein Recht unwiderruflich begründet worden, und folglich die Thatsache der Legitimation bei Einführung des neuen Gesetzes noch nicht geschehen, also seiner Herrschaft auch nicht entzogen sei.

Zachariä, Handbuch Bd. I. §. 30.
Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 111.
Savigny, System Bd. III. S. 385 ff.

Der letztere Schriftsteller macht namentlich darauf aufmerksam, daß erworbene Rechte nicht mit bloßen Erwartungen zu verwechseln seien, die durch das bisher bestehende Gesetz begründet waren, durch das neue Gesetz aber zerstört werden.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Januar 1870. No. 11.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 11.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Januar 1870.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 4. Januar.	
89	Jäger gegen Fecht — Kaufhaltung	v. Engelberg. — Gernandt.
100	Laule gegen Schaaf. — Forderung	Geißmar. — Scholl.
	Dienstag den 11. Januar.	
107	Bär gegen Mayer. — Forderung	v. Wänker. — Esser.
116	Haßler gegen Birmelin. — Offenbarungseid	Esser. — Geißmar.
	Donnerstag den 13. Januar.	
119	Bierling gegen Bielefeld. — Vertragserfüllung	Kusel. — Strauß.
97	Krumm gegen Sieb. — Vollzug einer Vermögensabsonderung .	Eller. — Esser.
	Dienstag den 18. Januar.	
104	Simon gegen Stein. — Forderung	Geißmar. — Fürst.
99	Huber gegen Huber. — Erbforderung	Buch. — v. Engelberg.
	Donnerstag den 20. Januar.	
115	Kölblin gegen Kölblin — Forderung	Barbo. — Esser.
112	Dölter gegen Simon. — Vertragsnichtigkeit	Barbo. — Esser.
	Dienstag den 25. Januar.	
121	Trenkle gegen Rimprecht. — Eigenthum	Geißmar. — Gernandt.
124	Krebs gegen Schill. — Forderung	Esser. — Geißmar.
	Donnerstag den 27. Januar.	
144	Rauch gegen Belzer. — Sequestration	Gamber. — Wolff.
145	Belzer gegen Rauch. — Unbedingter Befehl	Gamber.
120	Sax gegen Welle. — Eigenthumsrecht	Eller. — Eckhard.

Digitized by Google

Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim.

Die in meinem Verlage erscheinende

Zeitschrift

für

FRANZOESISCHES CIVILRECHT,

herausgegeben

von

Dr. Sigismund Puchelt,

grossherzoglich badischem Kreis- und Hofgerichts-Director.

wird, um einem vielfach geäusserten Wunsche zu entsprechen, von Ostern ab in der Weise erweitert werden, dass unter Mitwirkung ausgezeichneter Kräfte, wie des Geh. Raths **Renaud** in **Heidelberg**, des Geh. Justizraths **Bauerband** in **Bonn** und des Oberappellationsgerichtsrath **Dernburg** in **Darmstadt** u. A. neben dem bisherigen Inhalt darin mitgetheilt werden:

regelmässige Berichte über die neue rheinpreussische, pfälzische, rheinhessische und badische Jurisprudenz, sowie selbstständige im Gebiete des französischen Civilrechts.

Vierteljährlich erscheint ein Heft von ca. 9 Bogen im Preis von 1 fl. 12 kr. und bilden 4 Hefte einen Band.

Mannheim, den 27. November 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 23.**

Benachrichtigung.

Mit dem Beginn des nächsten Jahrgangs der Annalen geht die Redaction dieser Zeitschrift auf Herrn Oberhofgerichtsrath Brauer über, an welchen die noch nicht zum Druck gekommenen Manuscripte abgegeben worden sind.

Indem ich meinen — durch Wegzug veranlassten — Rücktritt von der Redaction hiemit kundgebe, spreche ich Allen, welche zur Förderung der Annalen beigetragen haben, meinen Dank und den Wunsch aus, dass sie auch unter dem neuen — als Schriftsteller bewährten — Herrn Redacteur sich wie bisher an dem Blatte ferner betheiligen.

Mannheim, im November 1869.

L. Stempf.

Unter Bezugnahme auf vorstehende Anzeige der bisherigen geehrten Redaction bestätige ich, dass ich auf den wiederholten Wunsch der Verlagshandlung die Redaction der Annalen der badischen Gerichte von Neujahr an übernommen habe.

Auf fernere freundliche Mitwirkung meiner geschätzten Collegen und Mitarbeiter, auch ohne besondere Einladung, rechnend, werde ich mich bemühen, diese Zeitschrift, die schon im Jahr 1832 unter Bekk's ausgezeichneter Leitung in das Leben getreten, als ein freieres Organ für practische und wissenschaftliche Ausbildung des badischen Rechts, Jahrzehnte hindurch bei wechselnden Geschicken ihre Lebenskraft bethätigt und am Kampfe für zeitgemässes volksthümliches Recht stets regen Antheil genommen hat, in nicht unwürdiger Weise fortzusetzen.

Mannheim, im November 1869.

E. Brauer.

(Schluß von Art. 152.)

In Anwendung dieses Grundsatzes stellt er S. 500 die Regel auf, daß sich die Legitimation durch nachfolgende Ehe lediglich nach dem Gesetze richte, welches zur Zeit der geschlossenen Ehe besteht; denn die Verweisung auf §. 380 (S. 338—39), wo die analoge Frage über das örtliche Recht der Legitimation (ob das Recht zur Zeit der Geburt oder das am Wohnort des Vaters zur Zeit der Eheschließung geltende entscheidend sei) erörtert wird, zeigt deutlich, daß er jene Regel deßhalb aufstellt, weil das uneheliche Kind noch kein Recht auf die Legitimation erworben hat, so lange zwischen seinen Eltern eine Ehe nicht abgeschlossen ist, da es in dem freien Willen derselben stehe, den Eheabschluß zu unterlassen.

Es ist aber wohl zu beachten, daß sich dies nach der eigenen Darstellung Savigny's nur auf die materiellen Erfordernisse und Bedingungen der rechterwerbenden Thatsachen, jedoch keineswegs auf die äußeren Formen der Rechtsgeschäfte bezieht, die zwar unter dem früheren Gesetz vorgenommen wurden, aber mit einem Recht in Verbindung stehen, das erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes erworben worden ist. Für die Form der Rechtsgeschäfte stellt er (S. 408) unter Hinweisung auf den analogen Satz: locus regit actum, ganz allgemein die Regel auf, daß sie ausschließend nach dem zur Zeit des vorgenommenen Geschäfts bestehenden Gesetz beurtheilt werden müsse (tempus regit actum). Diese Regel will offenbar als eine allgemeine, bei allen Arten von

Digitized by Google

Rechtsverhältnissen, geltende aufgestellt werden, wie dies auch bei der analogen Rechtsregel: locus regit actum, S. 348 ff. geschehen ist, (cf. S. 413), so daß der für die Legitimation S. 500 aufgestellte und schon oben erwähnte Satz nur mit Vorbehalt dessen behauptet wird, was vorher über die juristische Form der Rechtsgeschäfte gesagt wurde. Bei Besprechung der Anwendung eines neuen Gesetzes im Gebiet des testamentarischen Erbrechtes ist die Anwendbarkeit des Grundsatzes tempus regit actum ausdrücklich anerkannt (S. 448. 410—11), obgleich es sich bei dem testamentarischen Erbrecht ganz ähnlich verhält, wie bei der Legitimation, da die Erbschaft eines (unter dem neuen Gesetz verstorbenen) Erblassers, der unter einem frühern Gesetz ein Testament errichtete, nicht schon mit der Testamentserrichtung, sondern erst mit Eröffnung der Erbschaft erworben wird, im Allgemeinen daher das neue Gesetz zur Anwendung kommt und namentlich der Inhalt des Testaments mit den Vorschriften des neuen Gesetzes im Einklang stehen muß. In ähnlicher Weise unterscheidet das l. Einführungsedikt zum Landrecht §. XI. bei den letzten Willensverfügungen zwischen der Form und dem Inhalt derselben, und es muß umsomehr gestattet sein, diese Vorschriften auf die Legitimation analog anzuwenden, als §. IV. des l. Einführungsediktes ausdrücklich bestimmt, daß die für die Anwendung des neuen Gesetzes aufgestellten Regeln auch als Beispiele für andere nicht namentlich erörterte Fälle dienen sollen.

Die bisher entwickelten Grundsätze über die Frage, nach welchem Gesetz die äußere Form der Rechtsgeschäfte zu beurtheilen sei, werden auch von den französischen Rechtsgelehrten anerkannt,

Marcadé, Bd. I. S. 42,

Demolombe, Bd. I. No. 49. 50,

und sind bezüglich des Grundsatzes locus regit actum im L.R.S. 3a sogar gesetzlich bestätigt. Werden sie auf den vorliegenden Fall angewendet, so führt dies zu dem Ergebniß, daß die vom jetzigen Landrecht vorgeschriebenen materiellen Erfordernisse der Legitimation vorhanden sein müssen, d. h. ein uneheliches weder im Ehebruch noch aus Blutschande erzeugtes Kind, das in dem Heirathsvertrag oder vor der Verheirathung von beiden Eltern gesetzmäßig anerkannt wurde, und eine gesetzlich giltige Ehe zwischen den Eltern des Kindes. Dagegen ist die Frage, ob die schon vor Einführung des Landrechts stattgefundene Anerkennung ihrer Form nach eine gültige sei, nicht nach den Bestimmungen des Landrechts, sondern nach dem frühern Rechte zu beurtheilen, vorausgesetzt, daß in §. VII. des l. Einführungsedicts zum Landrecht nicht etwa eine Bestimmung zu finden ist, welche abweichend von den oben dargestellten allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ausdrücklich etwas Anderes vorschreibt.

Die Annahme einer solchen Ausnahmsvorschrift hat deßhalb einigen Schein für sich, weil der zweite Absatz dieser Gesetzesstelle am Schluß ausdrücklich erklärt: „die vor Einführung des Landrechts geborenen unehelichen Kinder, welche durch richterliche Vaterschaftserklärung oder freiwillige Angabe zuvor einen Vater erlangt haben, gelten noch in keinem Wege im Sinne dieses Landrechts für anerkannt, sondern blos in Bezug auf Alimente für bekannt." Allein da dies nur als ein Folgesatz der unmittelbar vorausgeschickten Regel ausgesprochen wird, der Regel nämlich, daß der Rechtsstand aller vor Einführung des Landrechtes geborenen unehelichen Kinder lediglich nach den bisherigen Gesetzen und Rechten beurtheilt werde — so ist es einleuchtend, daß man den Bestimmungen des Landrechts über die Anerkennung unehelicher Kinder keine rückwirkende Kraft beilegen wollte. Der einzige Zweck dieser Bestimmung war — wie eine Vergleichung derselben mit §. X. des l. Einführungsedicts ergibt — offenbar der, den früher geborenen und anerkannten unehelichen Kindern ihre bisherigen Rechte zu erhalten, ihnen dagegen die weitergehenden Rechte zu versagen, welche das Landrecht den natürlichen anerkannten Kindern einräumt. Nach dem frühern Recht beerbten die natürlichen Kinder ihren Vater nämlich nur in dem Fall, wenn er keine legitimen Kinder hinterließ und auch dann nur zu 1/6 des Nachlasses, während sie nach dem jetzigen Landrecht sogar neben den legitimen Kindern ein beschränktes Erbrecht haben, und in Ermanglung von solchen einen größeren Theil des Nachlasses erhalten, als ihnen nach dem frühern Recht gebührte.

Wesentlicher Inhalt der markgräflich bad. Gesetzgebung Bd. II. S. 58.

Pfälzer Landrecht IV. Theil V. Titel.

L.R.S. 757.

Wie wenig es in der Absicht des badischen Gesetzgebers lag, den landrechtlichen Vorschriften über die unehelichen Kinder und deren Anerkennung rückwirkende Kraft beizulegen, geht zur Genüge daraus hervor, daß den früher geborenen natürlichen Kindern der Mutter

Digitized by Google

und den mütterlichen Verwandten gegenüber das weit ausgedehntere Erbrecht vorbehalten wurde, das ihnen nach den früher geltenden Gesetzen zustand. l. Einführungsedikt §. 7. 10.

Pfälzerlandrecht IV. Theil Titel V. §. 3.

Wesentlicher Inhalt der markgräfl. bad. Gesetzgebung Bd. I. S. 52.

Der im l. Einführungsedikt §. 7 erwähnte Rechtsstand der unehelichen Kinder ist gleichbedeutend mit dem Inbegriff derjenigen Rechte, welche den unehlichen Kindern als solchen zukommen, es hat jenes Wort aber keinen Bezug auf die Bedingungen, unter denen sie die Rechte legitimer Kinder erlangen. Denn sonst müßten die vor Einführung des Landrechts geborenen unehelichen Kinder auch unter der Herrschaft desselben noch durch Regierungsbeschluß legitimirt werden können (wesentlicher Inhalt ꝛc. Bd. II. S. 59), was wohl schwerlich in dem Willen des Gesetzgebers läge. Brauer Bd. I. S. 236. Die Vorschrift des I. Einführungsedictes §. VII. kann hiernach eine directe Anwendung auf die Legitimation natürlicher Kinder nicht finden, und eine analoge Anwendung wäre nur zulässig, wenn bei der Legitimation ein ähnliches Verhältniß, wie bei dem Erbrecht der unehelichen Kinder vorläge, d. h. wenn sie nach dem frühern Recht durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern nicht das Recht legitimer Kinder erworben hätten, oder wenn dies mindestens nur unter gewissen vom jetzigen Landrecht nicht geforderten Bedingungen möglich gewesen wäre. Dies ist nun aber, wie bereits oben erwähnt wurde, keineswegs der Fall, alle unehelichen Kinder (die aus Ehebruch oder Blutschande erzeugten Kinder ausgenommen), deren Abstammung durch richterliche Vaterschaftserklärung oder freiwillige Angabe der Eltern festgestellt war, wurden durch die Ehe ihrer Eltern legitimirt.

Wollte man die Legitimationsfähigkeit unehelicher Kinder als zu dem Rechtsstand derselben gehörend ansehen, und demgemäß §. VII. des I. Einführungsedicts nach seinem Wortlaut auch auf die Bedingungen der Legitimation beziehen, so käme man nicht etwa zu einem für diese Kinder nachtheiligen, sondern zu einem für sie günstigen Ergebniß. Die Bedingungen ihrer Legitimation müßten dann schlechthin nach dem frühern Rechte beurtheilt werden, und demgemäß würden sie durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern ehelich gemacht, wenn auch eine öffentlich beurkundete Anerkennung nicht vorausging, sondern schon dann, wenn sie in irgend einer Weise ausdrücklich oder stillschweigend, vor oder nach dem Eheschluß anerkannt wurden, da das frühere Recht auch Anerkennungen der letztern Art (nach dem Eheabschluß) für genügend ansah, und eine besondere Form der Anerkennung nicht vorschrieb. Wundt.

153.

Ein Geschäft, welches mit einem Handwerk und von ihm nicht getrennt — betrieben wird, kann nicht als Handelsgeschäft angesehen werden.

Allgem. deutsches H.G.B. Art. 271. 1, 273. Abs. 2. 3.

Die Absicht der Weiterveräußerung muß schon bei der Anschaffung nachweisbar vorgeherrscht haben, wenn der Kauf als Handelsgeschäft angesehen werden soll.

In Sachen

der Wittwe des Karl Hartmann von Schwetzingen und deren Kinder,

gegen

Christian Hartmann von Schwetzingen,

Bestellung eines Schiedsgerichts betr.,

ist zur Begründung des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 3. Novbr. 1863 folgende, auch unter der jetzigen Gesetzgebung noch erhebliche Ausführung gegeben:

Die Kläger haben in ihrer Klage, welche am 20. Dezember v. J., also vor dem Zeitpunkte eingereicht und zugestellt worden ist, wo das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch — nach Art. 1 des Einführungsgesetzes zu demselben — Gesetzeskraft erhielt, in erster Reihe das Gesuch gestellt, zur Entscheidung des Streits mit dem Beklagten über ihre gegenseitigen Ansprüche aus der früher zwischen ihrem Erblasser Karl, und dem Beklagten Christian Hartmann bestandenen Gesellschaft ein Schiedsgericht zu bestellen.

Dieses Gesuch ist auf Anh.S. 51, nämlich auf die Behauptung gestützt, daß Karl und Christian Hartmann vom Jahr 1832 bis 1860 neben dem Zimmergewerbe einen Holzhandel gemeinschaftlich betrieben haben.

In der Klage ist aber die erforderliche Behauptung und Begründung der Thatsache nicht enthalten, daß die Brüder Hartmann wirklich ein, von dem Zimmergewerbe getrenntes, Holzhandelgeschäft betrieben haben, aus der-

Digitized by Google

ſelben vielmehr zu entnehmen, daß weder ein beſonderer Geſellſchaftsvertrag für Betreibung eines Holzhandels abgeſchloſſen, noch ein beſonderes Betriebskapital dafür ausgeworfen, noch dieſes Geſchäft ſelbſtſtändig betrieben, noch beſondere Bücher, beziehungsweiſe beſondere Rechnung darüber geführt worden iſt. Bei der hiernach anzunehmenden Vermiſchung beider durcheinander laufenden Geſchäfte, und da ſchon zum Betrieb des Zimmergewerbes Ankäufe von Holzvorräthen ſtattfinden mußten, da ferner nicht die Thatſache des Verkaufs derſelben an Dritte, ſondern nach Anh. S. 1 die Abſicht beim Ankauf des Holzes entſcheidet*), welche aber bei der unterlaſſenen Trennung beider Geſchäfte nicht äußerlich erkennbar, alſo auch nicht nachweisbar iſt, kann — unter Bezugnahme auf die ſchon von großherzgl. Hofgericht angeführten Gründe — der von den Brüdern Hartmann neben ihrem Zimmergewerbe betriebene Holzhandel nicht als ein ſelbſtſtändiges Unternehmen, ſondern nur als ein Nebengeſchäft zu jenem Gewerbe aufgefaßt und ſchon deßhalb dem Geſuche der Kläger nicht entſprochen werden.

Etf.

*) Locré, la législation civile etc. de la France T. 20 p. 92—94.

„M. l'Archichancelier dit que l'art. 6 du projet présenté par la section de l'egislation définit d'une manière beaucoup plus précise les actes de négoce, en exprimant que ce caractère n'appartient qu'aux faits de celui qui achette pour revendre.

M. Treilhard dit etc. qu'il n'est donc pas sans inconvénient de ne pas expliquer positivement qu'il n'y fait de commerce que quand on achette pour revendre.

R. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit etc. qu'il en résulte que celui qui n'achette pas pour revendre n'est pas justiciable des tribunaux de commerce.

Dalloz, a. a. O. nro. 51 p. 397.

Celui qui achète pour consommer ne fait pas un acte de commerce, alors même qu'il revendrait plus tard. L'intention d'une revente avantageuse est indispensable pour imprimer á l'achat le caractère commercial et cette intention doit exister au moment de l'achat etc. nro. 55. L'intention de revendre est évidente dans certains cas, comme lorsqu'un commerçant expose en vente dans son magasin les marchandises achetées. Dans d'autres cas, elle est plus difficile á découvrir, par exemple, lorsqu'un commerçant fait l'acquisition d'objects qui pourraient servir tant á son commerce qu'á son usage particulier; ou bien lorsque l'acheteur est un non commerçant, dont les achats peuvent être faits, soit dans la vue d'une spéculation, soit dans la vue d'une consommation personelle: cest d'apprès les circonstances du fait, telles que la nature et la quantité des choses achetées, la qualité de l'acheteur, et autres semblables, que l'intention de celui-ci doit alors être appréciée par les tribunaux.

Dalloz, a. a. O. nro. 135 p. 419.

Quoique l'art. 632 c. com. se borne á déclarer actes de commerce les achats pour revendre, sans parler des reventes, il faut néanmoins a reconnaître que celles-ci sont également commerciales. Peu importerait que la revente fût faite á un simple particulier qui achéterait pour son usage particulier: cette circonstance n'empêcherait pas qu'elle ne fût commerciale á l'égard du vendeur.

136. Mais pour que la vente sorte ainsi du cercle des actes purement civils, il faut qu'elle ait été précédée d'un achat fait avec intention de revendre. Sans cette condition la vente cesse d'être commerciale.

154.

Macht ſich der ausgehobene Recrut, welcher ſich durch Verweilen im Auslande ſeiner Militärdienſtpflicht entzieht, des Ungehorſams in Bezug auf die Wehrpflicht (Geſetz vom 20. Februar 1868, Reggsbl. No. 14) oder der Deſertion ſchuldig? Competenzconflikt zwiſchen einem bürgerlichen Gerichte und einem Militärgerichte.

Ein über obige Frage entſtandener Competenzconflikt oben gedachter Art wurde von dem großh. Oberhofgerichte als Competenzgerichtshof in Zuſtändigkeitsſtreitigkeiten zwiſchen bürgerlichen Gerichten und Militärgerichten (unter Zuzug dreier von großh. Kriegsminiſterium dazu befehligter Militärperſonen — §. 37 des Geſetzes vom 6. April 1854, Reggsbl. No. 18 — am 4. Oktbr 1869 dahin entſchieden, daß Deſertion vorliege, und folglich die militärgerichtliche Zuſtändigkeit begründet ſei. Die oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe lauten wie folgt:

„Johann Evangeliſt Tritſchler von Schollach, großh. Bezirksamt Neuſtadt, welcher im Jahr 1848 geboren iſt, bei der Aushebung des Jahres 1868 zum Kriegsdienſte gezogen und ſodann dem 6. Linieninfanterieregiment zugetheilt wurde, leiſtete der ihn auf den 4. Januar l. J. zu dem gedachten Regimente einberufenden Marſchordre keine Folge. Er hatte ſich ſchon vor der Aushebung als Uhrenhändler in England aufgehalten und war ſofort nach ſolcher nach England zurückgekehrt.

Digitized by Google

Auf Grund dieſes geſetzwidrigen Benehmens wurde Tritſchler ſowohl von dem großh. Kreis- und Hofgerichte Freiburg, als von dem großherzoglichen Diviſionsgerichte ſtrafrechtlich verfolgt. Erſteres verurtheilte ihn unter dem 7. April l. J. wegen Ungehorſams in Bezug auf die Wehrpflicht zu Geldſtrafe von 300 fl., ſowie zu den Koſten des Strafverfahrens und des Urtheilsvollzugs, letzteres veranlaßte ein kriegsgerichtliches Urtheil, welches unter dem 30. April l. J. dahin erging, daß Tritſchler der Deſertion für ſchuldig erklärt und hierwegen zu Geldſtrafe von 600 fl., ſowie zur Tragung der Unterſuchungskoſten verurtheilt wurde. Es erlangte dieſes Urtheil die Beſtätigung des großh. Diviſionscommandeurs.

Da die beiden Straferkenntniſſe, welche, während keines der betreffenden Gerichte von der gleichzeitigen Thätigkeit des andern Kenntniß hatte, wegen einer und derſelben Geſetzesverletzung erlaſſen worden waren, rechtlich nebeneinander nicht beſtehen konnten, da nur die Zuſtändigkeit des bürgerlichen Gerichtes oder die des Militärgerichtes begründet ſein konnte, ſo war nach §. 37 des Geſetzes vom 6. April 1854 über die Militärgerichtsbarkeit (Reggsbl. No. 18 S. 175) das großh. Oberhofgericht in der durch die eben gedachte Geſetzesſtelle geordneten Zuſammenſetzung berufen, zu entſcheiden, welches Gericht das geſetzlich zuſtändige ſei, und das nach Maaßgabe dieſer Entſcheidung unzuſtändiger Weiſe erlaſſene Urtheil aufzuheben.

Die hiernach in dem vorſtehenden Erkenntniſſe gegebene Entſcheidung beruht auf folgenden Erwägungen.

Das Geſetz vom 20. Febr. 1868, das Verfahren gegen ungehorſame Wehrpflichtige und deren Beſtrafung betreffend (Reggsbl. No. 14 S. 211), will Solche, welche ſich durch Verweilen im Auslande oder durch betrügliche Veranſtaltungen der Erfüllung ihrer Wehrpflicht zu entziehen ſuchen, mit Geldſtrafe von 200 fl. bis 1000 fl. durch die Strafkammern der Kreisgerichte beſtraft wiſſen. Das proviſoriſche Geſetz vom 6. April 1868, die Militärſtrafrechtspflege betreffend (Reggsbl. No. 25 S. 385), ſagt im §. 31: „Wer nach ſeinem Eintritte in den Soldatenſtand ſich durch Entweichung ſeinen militäriſchen Dienſtverhältniſſen entzieht, begeht das Verbrechen der *Deſertion*.“

Nach §. 38 deſſelben Geſetzes iſt gegen Deſerteure, deren man nicht habhaft werden kann, im Wege des Abweſenheitsverfahrens auf Geldſtrafe von 200 fl. bis 1000 fl. zu erkennen.

Bei dieſem Stande der jetzt geltenden Geſetzgebung erſcheint das Verbrechen der Deſertion als ein ausſchließlich von den Militärgerichten zu verfolgendes, während das des Ungehorſams in Bezug auf die Wehrpflicht von den bürgerlichen Gerichten zu ahnden iſt.

Nun unterwirft das Geſetz über die Militärſtrafrechtspflege alle bei der Fahne befindliche Militärperſonen, einſchließlich der nur auf beſtimmte Zeit Beurlaubten, der Militärgerichtsbarkeit, die Mannſchaften der Reſerve und Landwehr, ſowie alle auf unbeſtimmte Zeit Beurlaubten der Civilgerichtsbarkeit, letzteres jedoch nur vorbehaltlich der in den §§. 2 und 3 aufgeführten Ausnahmen und verfügt ſofort in ſeinem §. 2 unter Ziff. 2, daß ausnahmsweiſe die Militärperſonen des Beurlaubtenſtandes (worunter, wie die Verweiſung auf §. 1 Abſ. 2 darthut, die Reſerve, Landwehr und die auf unbeſtimmte Zeit Beurlaubten zu verſtehen ſind) in Bezug auf Deſertion der Militärgerichtsbarkeit unterworfen ſeien, will alſo auf die gedachten Militärperſonen ſeine Beſtimmungen über Deſertion angewendet wiſſen.

Fragt man nun, ob ausgehobene Recruten zu dieſen Militärperſonen gehören, ſo vermißt man zwar eine ausdrückliche Geſetzesbeſtimmung hierüber, kann aber an der Hand der zur Erforſchung des Willens der Geſetzgebung gebotenen Mittel zu keinem anderen Ergebniſſe gelangen als *dem*, daß jene Frage zu *bejahen* ſei.

Die im §. 2 des erwähnten proviſoriſchen Geſetzes enthaltene, die Deſertion betreffende Ausnahmsbeſtimmung befindet ſich — *neben* dem Satze, daß alle zum Beurlaubtenſtande gehörenden Perſonen des Soldatenſtandes, während der Beurlaubung — in Strafſachen den Civilgerichten unterworfen ſeien — bereits im §. 6 des gleichzeitig mit dem Entwurfe des Wehrgeſetzes vom 12. Februar 1868 (Reggsbl. No. 10 S. 81) und des Geſetzes vom 20. Februar 1868 das Verfahren gegen ungehorſame Wehrpflichtige und deren Beſtrafung betreffend (im September 1867) den Kammern der Landſtände vorgelegten Entwurfes einer Militärſtrafgerichtsordnung (Ständeverhandlungen 1867/68 I. Kammer Prot.Heft S. 6 I. Beil. Heft S. 35. II. Kammer Prot.Heft S. 12) ſowie in §. 6 der königl. preußiſchen Militärſtrafgerichtsordnung vom Jahr 1845, welcher der letzterwähnte Entwurf nachgebildet iſt.

Der §. 5 eben dieſes Entwurfes ſagt nun aber gleich

Digitized by Google

dem §. 5 der erwähnten königlich preußischen Militärstrafgerichtsordnung, „der Militärgerichtsstand beginne für die Personen des Soldatenstandes, wenn sie zur Ergänzung des Heeres aus der militärpflichtigen Mannschaft ausgehoben seien, a) mit dem Zeitpunkte, wo sie zur Einstellung in einen bestimmten Truppentheil von Seiten der Aushebungsbehörde (Wehrgesetz §. 46) einem zu ihrem Empfange beauftragten Commando übergeben werden, b) bei denen, welche nicht durch ein Militärcommando den Truppentheilen zugeführt werden, mit dem Tage, wo ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginne." Offenbar ist es der Zweck dieser Satzungen, den Zeitpunkt des Beginnes des Militärgerichtsstandes für alle Fälle festzustellen, wo letztrer überhaupt eintritt, also auch für die Fälle, in welchen die der Regel nach den Civilgesetzen und der Civilgerichtsbarkeit unterworfenen Militärpersonen ausnahmsweise den Militärgesetzen und der Militärgerichtsbarkeit unterstehen, wie gerade im Falle der Desertion (§. 2 Ziff. 2 des provisorischen Gesetzes).

Mit den im erwähnten §. 5 des Entwurfs einer Militärstrafgerichts-Ordnung ausgesprochenen Anschauungen stimmen die Verfügungen der gemäß §. 85 des Wehrgesetzes von den großherzoglichen Ministerien des Innern und des Krieges zu gedachtem Gesetze erlassenen Vollzugs-Verordnung vom 18. Februar 1868 (Regierungsblatt No. 10 S. 115) überein. Der §. 64 dieser Verordnung sagt: „Ist die Loosung beendigt, so kann zur definitiven Ausscheidung der Gemusterten geschritten werden. Die tauglich Erfundenen werden nach der Reihenfolge des §. 55 des Wehrgesetzes, soweit erforderlich, zur Einreihung in das stehende Heer bestimmt, sie heißen Recruten und werden, nachdem ihnen die Kriegsartikel vorgelesen und die entsprechende Belehrung über ihr militärisches Verhältniß ertheilt ist, mit Urlaubspaß (Formular 11) bis zur erfolgenden Einberufung in ihre Heimath entlassen." Nach §. 68 übermittelt der Landwehrbezirkscommandeur die Aufzeichnungen über die Ergebnisse des Aushebungsgeschäftes an das großh. Kriegministerium. Nach §. 71 übersendet gedachter Commandeur, wenn die Eintheilung der Recruten zu den einzelnen Truppentheilen durch das Kriegsministerium ausgesprochen ist, an die betreffenden Commandos die Grundlisten (Nationale) der ihnen überwiesenen Mannschaften, und zwar so zeitig, daß solche jedenfalls vor dem Eintritte der Recruten bei ihren Abtheilungen im Besitze der Truppencommandos sind. Nach §. 72 stehen die in die Heimath beurlaubten Recruten bis zu ihrer Einstellung in die Truppentheile, für welche sie ausgehoben sind, unter dem Landwehr-Bezirkscommandeur und können Reisen nur mit Genehmigung des letztern vornehmen. Nach §. 73 geschieht die Einbeorderung der Recruten zu ihren Abtheilungen durch die besagten Commandeure, indem diese den Betreffenden Marschordres (nach Formular 17) zugehen lassen.

Auch §. 23 des Wehrgesetzes vom 12. Februar 1868 spricht, insoferne er für die Recruten, wie für die bei der Fahne befindliche Mannschaft, die Erlaubniß der Militärbehörde zur Eheeingehung verlangt, entscheidend dafür, daß auch der Recrut in einem militärischen Verhältnisse stehe, und der Abs. 3 des §. 22 eben dieses Gesetzes, wonach ausgehobene Recruten bis zur vollzogenen Einstellung in das stehende Heer den Civilgesetzen unterworfen sind, ertheilt nur die gleiche Befreiung von den Militärgesetzen und der Militargerichtsbarkeit, welche Abs. 1 desselben §. den Mannschaften der Reserve und Landwehr gewährt. Abs. 3 des §. 22 schließt somit keineswegs aus, daß ausgehobene Recruten in gewissen Beziehungen bereits Militärpersonen seien, bestätigt vielmehr die diese Eigenschaft bejahende Anschauung.

Der Bericht der Kommission der I. Kammer über den Entwurf einer Militärstrafgerichtsordnung führt unter den dem Beurlaubtenstande im Sinne des §. 6 dieses Entwurfes angehörenden Personen ausdrücklich die bis zur Einstellung in ihre Heimath entlassenen Recruten auf (Ständeverhandlungen 1867/68 I. Kammer Beil. Heft II. S. 12).

Dem den eben besprochenen Auslegungsmitteln zu entnehmenden Satze, daß lediglich der im §. 64 der Vollzugsverordnung zum Wehrgesetze beschriebene Act der Uebernahme der Ausgehobenen durch die Militärbehörde diese Ausgehobenen, wie in bestimmten anderen Beziehungen, so auch in Beziehung auf die Verpflichtung, bei Vermeidung der Strafe der Desertion nicht zu entweichen, der Militärgesetzgebung und der Militärgerichtsbarkeit unterwirft, entspricht auch der §. 72 des Entwurfes eines Militärstrafgesetzbuches (übereinstimmend mit §. 72 des königlich preußischen Militärstrafgesetzbuchs vom Jahr 1845), wonach die nicht erfolgte Ableistung des Diensteides weder als ein Grund zur Aufhebung der Strafbarkeit noch zur Milderung der Strafe ange-

Digitized by Google

sehen werden darf (Ständeverhandlungen a. a. O. Beil. Heft I. S. 14).

Eine sehr gewichtige Bestätigung findet endlich die bisher dargelegte Anschauung durch den §. 5 des Gesetzes über das Verfahren gegen ungehorsame Wehrpflichtige und deren Bestrafung, welcher verordnet, daß im Falle der Abwesenheit des Beschuldigten dem Staatsanwalte von dem Civilbeamten der Aushebungsbehörde eine Beurkundung übergeben werde, wodurch auf Grund gemachter Erhebungen neben einigen anderen Umständen bezeugt sei, daß der Wehrpflichtige sich in den von der Verwaltungsbehörde angeordneten Aushebungstagfahrten nicht gestellt habe. Hieraus läßt sich nämlich mit Sicherheit schließen, daß die Gesetzgebung dem letzterwähnten Gesetze nur den Fall des Nichterscheinens des Wehrpflichtigen in den Aushebungstagfahrten, nicht aber auch die Nichterfüllung der Wehrpflicht nach stattgehabter Aushebung unterstellen wollte.

Alle der Anwendung der Militärgesetzgebung im vorliegenden Falle etwa entgegenstehenden, nicht ausdrücklich (vergl. §. 84 des Wehrgesetzes) aufgehobenen Bestimmungen, wie namentlich die des §. 2 des Gesetzes vom 6. April 1854 über die Militärgerichtsbarkeit (Reggsbl. No. 18 S. 175), welche Soldaten erst von der Leistung des Fahneneides an als Militärpersonen betrachtet wissen will, müssen als durch die neue Wehrgesetzgebung beseitigt angesehen werden.

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden. Roßhirt.

153.

Gegen Kostenersatzbestimmungen in Strafsachen findet Beschwerdeführung nicht statt.

S. oben No. 20 Ziff. 137 S. 307 ff.

J. A.S. gegen Friedrich Schelling und Genossen von Heidelberg, wegen Körperverletzung hatte Anwalt R. den Rekurs für die 4 Angeschuldigten ausgeführt und das Rekursgericht das amtsgerichtliche Urtheil zu Gunsten der Angeschuldigten abgeändert, indem auf Grund wiederholter Beweiserhebung ein etwas anderer Hergang des Streits wie von der I. Instanz angenommen wurde.

Deßhalb und unter Hinweisung darauf, daß zur Ausführung des Rekurses überhaupt, schon aus prozessualischen Gründen ein Vertheidiger unentbehrlich sei, hier aber ein Fall von nicht geringer Schwierigkeit vorgelegen habe, machte Anwalt R. Anspruch auf Ersatz der Kosten der anwaltlichen Vertretung der Angeschuldigten in II. Instanz mit 24 fl. 6 kr. aus großh. Staatskasse, und führte aus, daß §. 395 Abs. 2 der Str.Pr.O. diesem Ersatzanspruch nicht entgegenstehe, da dieser §. nur gegen die Aufstellung eines Vertheidigers von Amtswegen spreche, aus demselben also nicht gefolgert werden könne, daß die Aufstellung eines Anwalts niemals nothwendig oder angemessen sei.

Das großh. Kreisgericht genehmigte durch Verfügung vom 8. Juni d. J. das betr. Kostenverzeichniß, sprach dagegen aus, dem weiteren Gesuche um Kostenersatz könne nicht stattgegeben werden, weil nach §. 427 der Str.Pr.O. nur nothwendige Kosten sich zum Ersatz eignen, bei Rekursen gegen amtsgerichtliche Urtheile aber, wie nach §. 395 vergl. mit 308. 324. 194 der Str.Pr.O. anzunehmen sei, die Aufstellung eines Vertheidigers vom Gesetz nicht als nothwendig betrachtet werde.

Hiergegen führte Anwalt R. Beschwerde, weil seinem Antrag auf Kostenersatz nicht entsprochen worden war.

Dieselbe wurde jedoch von großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 1. August 1868 im Einklang mit früheren oberhofgerichtlichen Entscheidungen,

s. Annalen Bd. 32 S. 276. 302,
auch Bd. 29 S. 264,

als unzulässig verworfen und zur Begründung dieses Erkenntnisses bemerkt:

„Es ist hier kein Fall vorhanden, der unter §. 412 der Str.P.O. zu stellen wäre, vielmehr handelt es sich um eine Kostenersatzbestimmung, welche von dem urtheilenden Richter, der die besonderen Umstände des einzelnen Falles am nächsten und besten zu würdigen vermag, und hier einen geeigneten Spielraum haben muß, nach billigem Ermessen zu regeln ist. Die besondere Gesetzesbestimmung des §. 1157 Ziff. 7 der bürgerlichen Pr.O. kann hier keine Anwendung finden, da sie nur für bürgerliche Rechtssachen gegeben ist und auf eigenthümlichen Rücksichten beruht. Eine analoge Herbeiziehung derselben erscheint an sich und zumal bei der entscheidenden, umfassenden Vorschrift des §. 412 der Str.P.O., durchaus unstatthaft. Red.

Digitized by Google

156.

Ueber die Erforderniſſe einer Negatorienklage.

In Sachen des Sattlers Anton Kumle in Wehr, gegen S. A. Baumgartner, Fabrikant von da, Eigenthumsſtörung betreffend, hat das großh. Kreisgericht Lörrach mit Urtheil vom 19. November 1868 den Kläger mit der erhobenen Klage abgewieſen. Dieſes Urtheil wurde aber zufolge der von dem Kläger dagegen ausgeführten Berufung durch Urtheil des Appellationsſenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 20. April 1869 dahin abgeändert:

Der Beklagte ſei ſchuldig, die an ſein Eigenthum anſtoßende in der Klage beſchriebene Matte des Klägers, auf welche er Steine, Hölzer und Schutt gelagert hatte, wieder, ſoweit noch nicht geſchehen, binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeidung in den früheren Zuſtand herzuſtellen und den verurſachten Schaden, deſſen Liquidation vorbehalten, dem Kläger zu erſetzen, auch jede weitere Eigenthumsſtörung an dieſer Matte bei Vermeidung einer dem Kläger zufallenden Geldſtrafe von 50 fl. für jeden Uebertretungsfall zu unterlaſſen, und habe derſelbe die Koſten beider Inſtanzen zu tragen.

Die Gründe zu dieſem Urtheile, ſoweit ſie ſich auf die Begründung der Klage beziehen, lauten:

„Nach der in den erſtinſtanzlichen Entſcheidungsgründen enthaltenen thatſächlichen Feſtſtellung iſt es unbeſtritten, daß der Kläger Eigenthümer der an des Beklagten Eigenthum angrenzenden Matte iſt, und daß der Beklagte dieſelbe zum Zweck der Aufführung eines großen Fabrikkamins auf ſeinem Eigenthum, beziehungsweiſe zur Wiederherſtellung des in der Nacht vom 4. auf den 5. Oktober v. J. eingeſtürzten Kamins und der in Folge deſſen zuſammengefallenen Kanalmauer in einer Breite von 12 bis 18 Schritten nnd in einer Länge von 20 Schritten in der Weiſe benützt hat, daß Steine, Hölzer, Schutt darauf gelagert, und über zwei Gräbchen auf derſelben mittelſt Stangen und Brettern eine Art Brücke errichtet wurde, um mit Wägen bequemer auf den Bauplatz fahren zu können. Auf den Grund dieſes Sachverhalts verlangt der Kläger, daß der Beklagte für ſchuldig erkannt werden ſolle, das Eigenthum des Klägers an der in Frage liegenden Matte anzuerkennen, die darauf gelagerten Steine, Hölzer und Schutt zu entfernen, dieſelbe wieder in den früheren Zuſtand herzuſtellen, den verurſachten Schaden, vorbehaltlich deſſen Liquidation, ihm zu erſetzen und ſich jeder weiteren Störung bei Vermeidung einer dem Kläger zufallenden Geldſtrafe zu enthalten.

Das großh. Kreisgericht Lörrach hat die erhobene Klage deßhalb nicht für begründet erachtet, weil der Beklagte kein Recht (Eigenthum oder Dienſtbarkeit) an der klägerſchen Matte in Anſpruch nehme, es ſich vielmehr nur um einen faktiſchen Eingriff in das klägerſche Eigenthum handle, und deßhalb nur eine Entſchädigungsklage begründet wäre. Dieſer Auffaſſung ſteht aber entgegen, daß Klagen zum Schutz des Eigenthums gegen unbefugte Anmaßungen (Negatorienklagen) nicht auf den Fall beſchränkt ſind, wenn ein Dritter ſich eine Dienſtbarkeit an fremdem Eigenthum anmaaßt, ſondern auch bei andern blos faktiſchen Eingriffen in das Eigenthum, die ohne Anſpruch irgend eines Rechtes geſchehen, — ſtattfinden.

Vangerow, Pandecten I. Band §. 353 S. 706.
Thibaut, Pandecten §. 625 am Schluß.
Puchta, Pandecten §. 172 S. 246.
Keller, Pandecten §. 155 S. 289.
Wening-Ingenheim, Pandecten I. Band §§. 123 und 151.

Der Rechtsbegriff bringt es auch mit ſich, daß ein Eigenthümer ſich nicht einen beliebigen Eingriff in ſein Eigenthum gefallen zu laſſen und nachher blos mit Entſchädigung zu begnügen hat, ſondern daß ihm vielmehr das Recht zuſtehen muß, die Beſeitigung der vorhandenen Eigenthumsſtörung und Abwendung derſelben für die Zukunft nebſt Entſchädigung zu verlangen. Uebrigens iſt gegenwärtige Klage zugleich auf Entſchädigung gerichtet. Die erhobene Klage muß daher als begründet erachtet werden.

v. Litſchgi, Kreisgerichtsrath.

157.

Die Staatsanwaltſchaft in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichtsbezirks bildet ein Ganzes mit dem Oberſtaatsanwalt an der Spitze.

Gegen eine, dem Antrag des Oberſtaatsanwalts entſprechende gerichtliche Verfügung kommt dem einzelnen Staatsanwalt ein Rechtsmittel nicht zu, um ſeine abweichende individuelle Anſicht Jenem

Digitized by Google

gegenüber vor den Strafgerichten zur Geltung zu bringen.

Siehe unten No. 160 I. S. 365.

J. A.S.
gegen
Theodor Frank von Vaihingen,
wegen Meineids,

waren auf Veranlassung der großh. Staatsanwaltschaft die Akten zur Uebernahme der Untersuchung und Bewirkung der Aburtheilung an das königl. würtemb. Oberamtsgericht Vaihingen abgegeben, und durch Beschluß der Anklagekammer des kön. würt. Gerichtshofs für den Neckarkreis vom 19. April 1868 die Untersuchung gegen den Angeschuldigten wegen mangelnden Beweises eingestellt worden.

Der Staatsanwalt am Kreisgericht Heidelberg stellte hierauf mit Bezug auf §. 8 des Str.G.B. und §. 405 vergl. mit §. 406 Ziff. 4 der Str.P.O. und unter Zugrundlegung der früheren Untersuchung bei der Raths- und Anklagekammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim den Antrag, den Angeschuldigten vor das Schwurgericht zu verweisen.

Dieser Antrag wurde unter Zustimmung des großh. Oberstaatsanwalts am großh. Kreis- und Hofgericht Mannheim durch Beschluß der Raths- und Anklagekammer vom 30. Juni 1868 auf Grund des §. 400 der Str.P.O. zurückgewiesen.

Die hiergegen von dem großh. Staatsanwalt am großh. Kreisgerichte Heidelberg ausgeführte Beschwerde wurde durch Erkenntniß des großh. Oberhofgerichts vom 3. August 1868:

in Erwägung, daß in solcher Zustimmung zweifelsohne ein Verzicht auf eine, etwa gegen den Beschluß zu führende Beschwerde zu erblicken ist, welcher Verzicht gemäß §§. 380. 399 der Str.P.O. nicht zurückgenommen werden kann;

in Erwägung, daß aber, da die Staatsanwaltschaft in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts ein Ganzes bildet, an dessen Spitze der Oberstaatsanwalt steht, der in der gedachten Zustimmung liegende Verzicht um so mehr als — Namens der Staatsanwaltschaft überhaupt abgegeben betrachtet werden muß, als der Oberstaatsanwalt zunächst berufen ist, die Staatsanwaltschaft bei der Raths- und Anklagekammer zu vertreten (§. 39 verglichen mit §. 10 der Dienstvorschriften für die Staatsanwaltschaft);

als unzulässig verworfen.

158.

Wird die offene Handelsgesellschaft durch die Gant eines der Gesellschafter in allen Fällen aufgelöset oder kann der gantmäßige Gesellschafter lediglich ausgeschlossen werden?

Allgem. deutsches H.G.B. Art. 123. 125. 128. 127. 131. 133—145.

L.R.S.S. 1865. 1871.

Vorstehende Frage wurde von großh. Oberhofgerichte J. S. der Gantmasse des Joh. Georg Metzger von Kippenheim gegen Karl Friedrich Gschwindt von Pforzheim und Karl August Ringwald von Emmendingen in Uebereinstimmung mit der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg und gegen die Ansicht des Appellationssenates dieses Gerichtshofs mit Urtheil vom 19. Oktober 1869 in erſterem Sinne entschieden. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten wie folgt:

Zwischen Karl Friedrich Gschwindt von Pforzheim, Karl August Ringwald von Emmendingen und Johann Georg Metzger von Kippenheim bestand eine offene Handelsgesellschaft zum Zwecke des Betriebs und der Ausbeute der Steinkohlengruben zu Berghaupten. Metzger gerieth im Herbste des Jahres 1867 in Gant und nun stellte dessen Gantmasse auf Grund des Art. 123. 133 bis 145 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, sowie des Art. X. des über Eingehung der Gesellschaft unterm 10. März 1863 abgeschlossenen Vertrags mittels einer gegen die Gesellschafter Gschwindt und Ringwald erhobenen Klage das Begehren, daß die Gesellschaft für aufgelöst, die genannten Beklagten aber für schuldig zu erklären seien, mit einem Vertreter der klagenden Gantmasse die Liquidation der Gesellschaft vorzunehmen.

Beklagterseits wurde auf Grund des Art. 125. 128. 131 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs um Abweisung der Klage und um den Ausspruch gebeten, daß Joh. Georg Metzger, beziehungsweise seine Gantmasse von der Gesellschaft auszuschließen und die Gantmasse nur berechtigt sei, die Auslieferung des Antheiles des Joh. Georg Metzger am Gesellschaftsvermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme zu begehren.

Die Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg entsprach dem Begehren der klagenden Gant-

Digitized by Google

masse, während der Appellationssenat desselben Gerichtshofes ein den Anträgen der Beklagten entsprechendes Erkenntniß erließ.

Gegen letzteres ist klägerischerseits mit der Bitte um Wiederherstellung des Urtheils des ersten Rechtszuges anher Beschwerde ergriffen.

Dieselbe erscheint auch als begründet.

Der Art. 123 des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs sagt in bestimmter Weise: „die Gesellschaft wird aufgelöst ... 3) durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines der Gesellschafter" und spricht damit klar aus, daß in dem Falle eines solchen Concurses, wie in den übrigen im gedachten Artikel unter Ziff. 1. 2. 4. 5. 6 angeführten Fällen, die Auflösung der Gesellschaft mit dem Zeitpunkte, in welchem die betreffende Thatsache eintritt (Ziff. 1. 2. 3) oder ihre Wirkung äußert (Ziff. 4. 5. 6 vergl. mit Art. 124) kraft Gesetzes stattfinde.

Wenn für die Fälle der Ziff. 2 (Tod eines Gesellschafters) und 5 (Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen war) festgesetzt ist, daß durch eine besondere Vertragsbestimmung, wonach die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle (Ziff. 2), und durch eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft Seitens der Gesellschafter über die ursprünglich bedungene Zeit hinaus (Ziff. 5) die Auflösung beseitigt werden könne, so sind diese Ausnahmsbestimmungen ebensowenig dazu geeignet, die oben dargelegte Regel, wonach die in Art. 123 aufgezählten Thatumstände die Gesellschaft kraft Gesetzes endigen, also die gesetzliche Nothwendigkeit einer solchen Endigung begründen, aufzuheben als diese Aufhebung irgendwie daraus, daß die unter Ziff. 4. 5. 6 angeführten Auflösungsgründe auf dem Willen der Gesellschafter beruhen, abgeleitet werden kann.

Für diese zunächst schon den Worten des Gesetzes zu entnehmenden Anschauungsweise sprechen auch mit aller Entschiedenheit die Vorarbeiten zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche.

Der bei Berathung dieses Gesetzbuches zu Grunde gelegte preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches gedachte in seinem, dem angeführten Art. 123 entsprechenden Art. 118 des Concurses des einzelnen Gesellschafters gar nicht. Es wurde nun bei jener Berathung der Antrag gestellt, unter Ziff. 1, welche der Eröffnung des Concurses über die Gesellschaft die hier ohne allen Zweifel in der Natur der Sache begründete Folge der Auflösung der Gesellschaft beimißt, auch des Concurses des einzelnen Gesellschafters zu erwähnen, „weil auch er einen Grund der Auflösung geben müsse," und nur deßhalb zurückgezogen, um bei Ziff. 3 wieder aufgenommen zu werden. Bei Berathung dieser Ziff. 3 wurde sofort einhellig beschlossen, im Anfange des Satzes einen Zusatz einzuschalten, wie solcher sich jetzt mit den Worten „durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen eines der Gesellschafter" im Gesetze befindet. Man war nämlich, wie das Protokoll über die Berathung wörtlich besagt, „allseitig der Meinung, daß auch die Eröffnung des Concurses gegen einen einzelnen Gesellschafter, als ein Grund für die sofortige Auflösung der Societät gelten müsse." (Protokoll 1. Bd. S. 230. 231. 232.) Ueber die Tragweite des Art. 123 gibt noch insbesondere die Berathung über den Art. 125 des Gesetzbuchs (Art. 121 des preußischen Entwurfs) Auskunft. Dort wurde nämlich der Antrag gestellt, die Ziff. 1 des Art. 125 in den Art. 123 zu versetzen, und als Grund dieses Antrags angegeben, daß in den Fällen, in welchen diese Bestimmung angewendet werden könne, die Gesellschaft sofort auch ohne Aufkündigung, also von Rechtswegen aufhören müsse, indem der Vollzug des Vertrags unmöglich sei. (Protokolle a. a. O. S. 235.) Es ist hieraus mit voller Sicherheit zu entnehmen, daß man den im Art. 123 aufgezählten Thatumständen die Folge der sofortigen, von Rechtswegen stattfindenden, Auflösung beimaß.

Die Art. 126 und 132 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs wurden, wie gleichfalls die hierüber stattgehabten Berathungen ergeben, ausschließlich zum Vortheile einzelner Privatgläubiger in das Gesetz aufgenommen, indem man diese ohne die Bestimmungen jener Artikel nicht für genügend geschützt erachtete, während man andrerseits stets davon ausging, daß die Concurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöse und hierdurch die Rechte der Concursgläubiger gesichert seien. (Protocolle IX. Band S. 4526 vergl. mit S.S. 4639. 5144).

Von Hahn, bekanntlich Mitglied der für Berathung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs zusammenberufenen Conferenz, hat sich an verschiedenen Stellen

Digitized by Google

seines Commentars über gedachtes Gesetzbuch dahin ausgesprochen, daß der Concurs eines Gesellschafters die Gesellschaft mit der, allen Auflösungsgründen des Art. 123 zukommenden, Wirkung einer sofortigen, durch das Gesetz selbst begründeten Liquidation (Art. 133 bis 145) in jeder Richtung schlechthin auflöse, daß die Wiederaufhebung einer in Folge des Art. 123 geschehenen Gesellschaftsauflösung nur durch Uebereinstimmung aller Betheiligten statt finden könne, und daß im Falle des Concurses eines Gesellschafters eine Ausschließung nach Art. 128 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs nicht statthaft sei, wenn gleich der Grund der Auflösung nur in der Person eines Gesellschafters eintrete. (Bd. I. S.S. 313. 314. 325.)

Die Art. 125. 128 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs erscheinen offenbar hier nicht als anwendbar. Der Art. 125 gestattet einem Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit, oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung zu verlangen, sofern hiezu wichtige Gründe vorhanden sind, überläßt sofort die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen seien, dem Ermessen des Richters und gibt endlich einige Beispiele hierher gehöriger Auflösungsgründe. Ihm zufolge tritt also in den seinem Bereiche unterworfenen Fällen — im Gegensatz zu der nach Art. 123 kraft Gesetzes stattfindenden Auflösung — diese kraft Richterspruchs ein. Wenn nun der Gesetzgeber den Concurs des einzelnen Gesellschafters unter die Auflösungsgründe des Art. 123 eingereiht hat, so ist damit die rechtliche Möglichkeit, im Falle eines solchen Concurses den Art. 125 anzuwenden, von selbst ausgeschlossen. Hat die Auflösung kraft Gesetzes einzutreten, so kann die Frage, ob ihr stattzugeben sei, nicht auch noch Gegenstand eines nachträglichen richterlichen Ermessens sein.

Der Art. 128 gibt nun einem weiteren richterlichen Ermessen, für dessen Ausübung durchaus keine Anhaltspunkte geschaffen sind, die Entscheidung der weitern Frage anheim, ob — statt auf Auflösung — auf Ausschließung mit der im Art. 131 festgesetzten Wirkung, daß der Ausgeschlossene, statt seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen verlangen zu dürfen, sich mit einer dessen Werth darstellenden Geldsumme abfinden lassen müsse, zu erkennen sei. Ein solches Ermessen ist nun wohl in den Fällen des Art. 125, in welchen es sich an das, eben diesem Artikel zufolge zu übende, Ermessen anschließt, nicht aber in den Fällen des Art. 123, für welche schlechthin die Auflösung in Aussicht gestellt ist, am Platze. Das Gesetz konnte unmöglich wollen, daß in einem Falle, für den es selbst sofortige, von Rechtswegen eintretende Gesellschaftsauflösung ausspricht, hintenher vom Richter erwogen werde, ob diese bereits ins Leben getretene Auflösung in eine Ausschließung umzuwandeln sei. Zudem gibt der Art. 128 schon dadurch, daß nach seinen Eingangsworten (wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen) in Parenthese der Art. 125 angeführt ist, hinreichend zu erkennen, daß seine Wirksamkeit sich auf die Fälle des Art. 125 zu beschränken habe.

Gleich den Art. 125 und 128 erscheint auch der Art. 127, auf welchen Endemann, Handelsrecht §. 46 eine mit der bisher entwickelten Ansicht über die Tragweite des Art. 123[3] nicht übereinstimmende Anschauung gründet, im vorliegenden Falle nicht als anwendbar, indem er ein vor der Gesellschaftsauflösung abgeschlossenes Uebereinkommen sämmtlicher Gesellschafter, daß ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer von ihnen, die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden solle, voraussetzt (v. Hahn, Comm. I. S. 324), während es hier — der thatsächlichen Lage des Falles nach — an einem solchen Uebereinkommen gebricht.

Wenn beklagterseits geltend gemacht wurde, es entbehre die Ansicht, wonach die Vorschrift des Art. 128 auf Fälle der in Art. 125 unterstellten Art zu beschränken sei, und auf den Fall des Art. 123[3] nicht erstreckt werden könne, eines jeden innern Grundes, so kann diesem Vorbringen um deßwillen keine Rücksicht gegönnt werden, weil der dem Obigen zufolge in bestimmter Weise hervortretende Wille des Gesetzgebers nicht bei Seite gesetzt werden dürfte, wenn auch ein innerer Grund für die verschiedene Behandlung der Fälle des Art. 125 und des Falles des Art. 123 Ziff. 3 nicht ersichtlich wäre, weil aber überdies ein solcher innerer Grund darin zu finden ist, daß das Gesetz den ohnehin zur Fortsetzung der Gesellschaft nicht vereigenschafteten Concursgläubigern die Rechte des concursmäßigen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen in jeder

Digitized by Google

Beziehung unangetaſtet und ungeſchmälert vorbehalten wiſſen wollte.

Auf dem Gebiete des franzöſiſchen Civilrechts, welches, wie es ſcheint, in den Art. 1865. 1871 des Code civil den Art. 123. 125 des allgemeinen deutſchen Handelsgeſetzbuchs zum Vorbilde gedient hat und überdies in den betreffenden Punkten unverändert allgemeines bürgerliches Recht Badens geworden iſt, (vergl. Art. 1 des allgemeinen deutſchen Handelsgeſetzbuchs), iſt die Frage, ob durch Vermögenszerfall eines der Geſellſchafter die Geſellſchaft ſchlechthin aufgelöſt werde, oder ob die übrigen Geſellſchafter von den Gläubigern des in Vermögenszerfall Gerathenen die Fortſetzung der Geſellſchaft zu verlangen berechtigt ſeien, ſtreitig geworden, nach Wort und Geiſt des franzöſiſchen Geſetzbuchs aber ſicherlich im erſteren Sinne zu löſen.

(So Delangle, sociétés commerciales, nro. 659 bis 661. Aubry et Rau, cours §. 384 p. 413 und beſonders §. 381 bis zu Note 2 S. 405, wogegen andere Meinung ſind, Pardessus, droit commercial No. 1065. 1066, Troplong, Société No. 906. 907.)

Spricht ſich, wie bisher dargelegt wurde, einerſeits ſchon das Geſetz zu Gunſten des klägeriſchen Begehrens aus, ſo tritt auch andrerſeits der Eingangs erwähnte Geſellſchaftsvertrag dieſem Begehren zur Seite. Derſelbe gibt nämlich in Art. IX. für den Fall des Todes eines der Geſellſchafter beſondere Beſtimmungen über die Rechte der Erben deſſelben und fährt in Art. X. dahin fort: „Im Falle einer ſonſtigen Auflöſung der Geſellſchaft geſchieht die Liquidation ganz nach den Vorſchriften der Art. 133—145 des allgemeinen deutſchen Handelsgeſetzbuchs."

Aus dieſen Gründen, ſowie nach §. 170 der Pr.O., wegen der Koſten, mußte wie geſchehen erkannt werden.

Roßhirt.

159.

Fällt die eigenmächtige Einärntung gepfändeter und bereits verſteigerter Früchte auf dem Halme durch den Schuldner unter das Strafgeſetz?

Dieſe Frage bildete den Gegenſtand mehrfacher Erörterung zwiſchen dem Amtsgerichte Lahr und der Staatsanwaltſchaft Offenburg; letztere Stelle entſchied dieſelbe in verneinendem Sinne, während das Amtsgericht den Thatbeſtand eines gerichtlich ſtrafbaren Vergehens annahm und ſich ſchließlich für ſolchen der Unterſchlagung ausſprach.

Georg Waibel von Lahr war angezeigt, Welſchkorn und Kartoffeln, welche ihm im Vollſtreckungswege auf dem Acker gepfändet und bei der Verſteigerung theils dem betreibenden Gläubiger, theils einem Dritten zugeſchlagen worden waren, ſich angeeignet zu haben; ſowohl von der Pfändung als der Verſteigerungstagfahrt hatte er Kenntniß erhalten, die gleiche Kenntniß war bezüglich des wirklich erfolgten Verkaufes anzunehmen. Die Staatsanwaltſchaft fand in dieſer Handlung des G. Waibel kein im Strafgeſetzbuche vorgeſehenes Verbrechen, indem ſie ausführte:

> Ein Diebſtahl liegt nicht vor. Wenn auch der Käufer durch den Zuſchlag bei der Verſteigerung das Eigenthum der Früchte erwarb und dieſer Kauf unter den Parteien als ein, über bewegliche Sachen abgeſchloſſener zu betrachten iſt — vergl. L.R.S. 520, — ſo gehen die Früchte, da ſie auf dem Acker des Schuldners ſtehen blieben, nicht in die phyſiſche Inhabung des Käufers über, es fehlt daher ein nach §. 376 des Str.G.B. erforderliches Merkmal des Diebſtahls, nämlich die Beſitzergreifung von einer in der Inhabung eines Andern befindlichen Sache.
>
> Von einem Betruge kann nur dem Gläubiger — nicht dem dritten Steigerer — gegenüber die Rede ſein; abgeſehen davon, ob §. 462 des Str.G.B. Anwendung findet, wenn dem Beſchlage die Verſteigerung nachgefolgt iſt, fehlen die beſonderen Vorausſetzungen des genannten Paragraphen.
>
> Der Annahme der Unterſchlagung ſteht entgegen, daß im Augenblicke des Beſchlags die Früchte noch unbeweglich waren und in der Auflage, ſich bei Strafvermeiden der Einärntung zu enthalten, nicht, wie dies die Unterſchlagung vorausſetzt, die poſitive Verbindlichkeit gefunden werden kann, die Früchte zu bewahren und ſeiner Zeit an die rechtmäßigen Eigenthümer abzuliefern.
>
> Weil die vorwürfige Handlung nicht unter die erwähnten Geſetzesbegriffe ſubſumirt werden kann, haben andere Strafgeſetzbücher unter dem Titel: „ſtrafbarer Eigennutz" derartige Fälle in einem beſonderen Paragraphen — vergl. §. 272 des preußiſchen Strafgeſetzes und §. 208 des Entwurfes

Digitized by Google

eines Strafgesetzes für den norddeutschen Bund — unter Strafe gestellt.

Nach badischem Gesetze ist die eigenmächtige Einärntung gepfändeter Früchte auf dem Halme nur in der bürgerlichen Prozeßordnung vorgesehen — §. 904 der Pr.O.

Die Ansicht des großh. Amtsgerichts, daß hiernach der Schuldner nur bis zur Versteigerung für unversehrte Erhaltung der Pfandobjecte zu sorgen habe, dürfte nicht begründet sein, da das Gepfändete fortdauernd der Disposition des Schuldners entzogen und ein Termin, wann die Strafdrohung des genannten Paragraphen aufhört, nicht gegeben ist. Dr. Cadenbach.

160.

Aus der Praxis der Staatsanwaltschaft, insbesondere aus dem Gebiete des staatsanwaltlichen Beschwerderechts in Strafsachen.

Siehe oben No. 157 S. 360. 361.

I. Kann der Staatsanwalt am Sitze eines kleinen Kreisgerichts gegen eine Entschließung der Raths- und Anklagekammer am Kreis- und Hofgerichte in einer schwurgerichtlichen Strafsache aus dem Kreisgerichtssprengel Beschwerde führen, wenn der Oberstaatsanwalt zu jener Entschließung seine Zustimmung erklärt hat?

Diese Frage ist in folgendem Rechtsfalle von großh. Oberhofgerichte verneint worden. Kaufmann Th. F. von V. in Würtemberg wurde zunächst von einem badischen Untersuchungsrichter wegen Meineids verfolgt, die Sache jedoch an den würtembergischen Staatsanwalt abgegeben, da es dem Angeschuldigten gelungen war, in seine Heimath zu entkommen. Die Anklagekammer am Gerichtshofe für den Neckarkreis zu Eßlingen stellte wegen Mangels genügender Beweise das Verfahren ein, die Staatsanwaltschaft in Heidelberg war jedoch anderer Ansicht und beantragte bei der Raths- und Anklagekammer am Kreis- und Hofgerichte Mannheim die Verweisung des Angeschuldigten vor das Schwurgericht. Die Raths- und Anklagekammer verfügte jedoch, daß, da die Untersuchung von dem würtembergischen Gerichtshof eingestellt worden und die Wiederaufnahme des Verfahrens bis jetzt noch nicht beschlossen sei, auf den gestellten Verweisungsantrag nicht eingegangen werden könne. Hiergegen führte nun der Staatsanwalt in Heidelberg Beschwerde, allerdings ohne davon Kenntniß erhalten zu haben, daß der großh. Oberstaatsanwalt in Mannheim der Verfügung der Raths- und Anklagekammer zugestimmt hatte.

Diese Beschwerde verwarf der oberste Gerichtshof vom 3. August 1868 als unzulässig, weil in jener Zustimmung ein Verzicht auf eine etwa gegen den Beschluß zu führende Beschwerde zu erblicken sei, dieser Verzicht gemäß §. 380 und 399 der Str.P.O. nicht zurückgenommen werden könne, und, da die Staatsanwaltschaft in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts ein Ganzes bildet, an dessen Spitze der Oberstaatsanwalt stehe, der in der gedachten Zustimmung liegende Verzicht um so mehr als Namens des Staatsanwalts überhaupt abgegeben betrachtet werden müsse, als der Oberstaatsanwalt zunächst berufen sei, die Staatsanwaltschaft bei der Raths- und Anklagekammer zu vertreten. (§. 39 vergl. mit §. 10 der D.V. f. d. St.)

Wie ersichtlich, ist das Fundament obiger Entscheidung der Satz, daß die Staatsanwaltschaft in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts ein Ganzes bildet, an dessen Spitze der Oberstaatsanwalt steht. Da das Oberhofgericht diesen Satz nicht näher begründet hat, so dürfte es nicht ohne Interesse sein, zu prüfen, ob derselbe in der That den über die Staatsanwaltschaft erlassenen organisatorischen Bestimmungen entspricht.

Die in §. 42 der G.V. gegebene Vorschrift: „Für jeden Gerichtshof ist ein Staatsanwalt nebst den erforderlichen Stellvertretern zu ernennen" — wobei unbestimmt gelassen wurde, ob unter „jedem Gerichtshof" auch die in §. 27 erwähnten Kreisgerichte inbegriffen seien oder nur die Hauptgerichtshöfe, und ob, wenn das Erstere der Fall, die Amtsgewalt der hienach bestellten Staatsanwälte sich auf die Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit des Gerichtshofs, für den sie bestellt sind, beschränken solle oder darüber hinausgehen dürfe — führte die großh. Regierung dahin aus, daß in der nach §. 25 letzter Absatz der Vollzugsverordnung zur G.V. zu erlassenden Geschäftsordnung für die Staatsanwaltschaft vom 17. August 1864 §. 1 und 2 bestimmt wurde:

I. Die Geschäfte der Staatsanwaltschaft werden besorgt:
   1) durch den Oberstaatsanwalt beim Oberhofgericht,
   2) durch die für die einzelnen Bezirke der Kreis- und Hofgerichte (nicht auch der Kreisgerichte) bestellten

Staatsanwälte und Oberstaatsanwälte.

II. Den Letzteren (1. 2) liegt die Besorgung der bei den Gerichten in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts vorkommenden Geschäfte zwar nach der in gegenwärtiger Verordnung (§. 39. 41. 41a und 42) oder durch besondere Beschlüsse des Justizministeriums (§. 43) getroffenen Geschäftsabtheilung ob; diese Geschäftsabtheilungen sind jedoch nicht als Kompetenzbestimmungen zu betrachten, vielmehr sind die in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts angestellten Staatsanwälte hilfsweise zu jeder in demselben vorkommenden staatsanwaltlichen Amtshandlung berechtigt und verpflichtet.

In Uebereinstimmung hiemit waren schon unterm 11. Juli 1864 (Reggsbl. XXIX. S. 321 ff.) die ersten Staatsanwälte immer je für den Bezirk der einzelnen Kreis- und Hofgerichte bestellt worden, darunter je ein Staatsanwalt am Sitze der einzelnen Kreisgerichte, welche §. 7 der Vollzugsverordnung zur G.V. vom 12. Juli gl. J. als solche bezeichnet, nicht für deren Bezirk, ebenso spricht auch §. 39 der D.V. f. d. St. unter dem Titel III. „Geschäftsabtheilung" nur von Staatsanwälten, welche am Sitze der Kreisgerichte ihren Wohnsitz haben.

Es kann hiernach wohl keinem Zweifel unterliegen, daß jeder in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts angestellte Staatsanwalt im Verhältnisse zu den Gerichten dieses Bezirkes in Strafsachen jeder Art (auch in amtsgerichtlichen Strafsachen, seien diese in erster oder in zweiter Instanz anhängig), sowie in den übrigen durch §. 42 der G.V., ferner die Gesetze über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, über die Rechtsverhältnisse der Richter und die Anwaltsordnung den Staatsanwälten im Allgemeinen zugewiesenen Geschäftsgegenständen, in welchen das angerufene Gericht Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit hat (vergl. §. 44 und 45 Abs. 1 der Str.P.O. und §. 3 Abs. 1 der D.V. f. d. St.), staatsanwaltliche Amtshandlungen vornehmen kann, daß mithin in allen Fällen, in welchen die Str.P.O. von dem Staatsanwalt am Kreisgerichte oder von dem Staatsanwalte schlechtweg oder der Staatsanwaltschaft spricht, ohne weitere Voraussetzungen jeder Staatsanwalt des Kreis- und Hofgerichtsbezirks als berechtigt und verpflichtet zu betrachten ist, in welchem das zuständige Gericht belegen ist, und daß aus dem gleichen Grunde die in den Dienstvorschriften für die Staatsanwaltschaft unter III. vorgesehene Geschäftsabtheilung zwischen dem Oberstaatsanwalte am Kreis- und Hofgerichte, den Staatsanwälten an dessen Sitze und jener am Sitze des Kreisgerichts nur eine res interna im Schoße der Staatsanwaltschaft ist, an welche sich die Gerichte im Verhältniß zur Staatsbehörde der Zweckmäßigkeit halber in der Regel binden werden, die aber niemals Veranlassung zur Prüfung der Legitimation eines einzelnen im Bezirke des Kreis- und Hofgerichts angestellten und in einer einzelnen Sache auftretenden Staatsanwalts durch die Gerichte geben kann.

Anders verhält es sich dagegen mit den ständigen Stellvertretern — der Fall des Auftrags für einen einzelnen Fall, der übrigens nur gegenüber den Amtsgerichten zulässig ist, regelt sich selbstverständlich nach §. 136 der b. P.O. — und den Gehilfen der Staatsanwaltschaft (§. 25 Abs. 1 der Vollz.Verord. zur G.V.). Die Erstern können nach §. 44 Abs. 3 der Str.P.O. nur in amtsgerichtlichen Strafsachen bei den Amtsgerichten auftreten, und bedürfen zu ihrer Legitimation, wenn sie nicht der Staatsanwaltschaft zugleich als Gehilfen beigegeben sind, einer Ernennung durch das Justizministerium, wenn das aber der Fall ist, neben der ebenfalls dem Justizministerium zustehenden Ernennung zu Gehilfen der Ermächtigung des Oberstaatsanwalts (§. 25 Abs. 3 d. o. V.O. und §. 3 Abs. 2 d. D.V. f. d. St.); sollen aber die Gehilfen bei den Kollegialgerichten auftreten, so ist ein besonderer Auftrag des vorgesetzten Staatsanwalts nöthig und ihre schriftlichen Anträge an diese Gerichte bedürfen der Unterschrift des Staatsanwalts (§. 5 der D.W.).

Nicht besonders geregelt ist in der D.W. der seit deren Erlassung praktisch gewordene Fall, daß Stellvertreter in Fällen der Verhinderung des Staatsanwalts, den sie regelmäßig vor den Amtsgerichten vertreten, bei den Kollegialgerichten auftreten sollen; hiezu ist nach dem Abs. 3 des §. 25 der Vollz.Verordn. zur G.V. ebenfalls die Ermächtigung des Justizministeriums nothwendig. Das Gleiche müßte wohl für den übrigens nicht leicht vorkommenden Fall gelten, daß wegen Ver-

Digitized by Google

hinderung des vorgesetzten Staatsanwalts *) die Bestimmung des §. 5 der D.W. nicht anwendbar wäre. Ferner gehört hierher der Fall des §. 4 der D.W. von den übrigens meines Wissens wenigstens in neuerer Zeit ebenfalls kein Gebrauch mehr gemacht wird, wie auch die zweite Alternative des Abs. 2 des §. 3 der D.W. seit der im Centralverordnungsblatt No. XXVII. S. 173 erschienenen Justizministerialverordnung vom 20. Oktober 1865 weggefallen ist.

Endlich ist nach §. 44 der D.W. nur der Oberstaatsanwalt bei dem Oberhofgericht (oder dessen landesherrlich bestellter Vertreter) befugt, die an diesen Gerichtshof eingelegten Rechtsmittel auszuführen, oder wohl richtiger ausgedrückt, überhaupt die Geschäfte des Staatsanwalts bei dem obersten Gerichtshofe zu besorgen.

Alle diese Voraussetzungen betreffen das äußere Verhältniß der Gerichte zu der ihnen nach §. 24 Abs. 1 des D.W. gleichgeordneten Staatsanwaltschaft und unterliegen daher der Prüfung der Ersteren. Nach §. 1, 3 und 4 der V.O. vom 2. Mai 1867 (Z. V.O.Bl. No. IX. S. 40) kann die für gerichtliche Strafsachen bestellte Staatsanwaltschaft auch bei der Hauptverhandlung vor dem Amtsgerichte in Polizeistrafsachen und in Sachen, die nach deren Antrag gerichtlich verfolgt werden, die Polizeibehörde vertreten. Auch in diesen Fällen hat der betreffende staatsanwaltliche Beamte dem Amtsgerichte den Auftrag des zuständigen Bezirksamts nachzuweisen.

Dem von dem obersten Gerichtshofe ausgesprochenen und von mir in vorstehendem näher ausgeführten Grundsatze könnte aber schließlich entgegengehalten werden, daß der Str.Pr.O. eine andere Anschauung zu Grunde liegen müsse, denn

1) in §. 45 Abs. 2 unter dem vierten Titel: Von der Staatsanwaltschaft, also an einer hervorragenden Stelle, spreche sie *besonders* aus, daß in schwurgerichtlichen Strafsachen alle Staatsanwälte des Schwurgerichtssprengels in Bezug auf die Verrichtungen bei der Raths- und Anklagekammer u. vor dem Schwurgericht einander gegenseitig vertreten könnten, was nach der im ersten Absatze gegebenen Bestimmung nicht erforderlich gewesen wäre, wenn alle in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts bestellten Staatsanwälte auch diesem Gerichte selbst angehörten, da ja bei den Kreis- und Hofgerichten sowohl die Raths- und Anklagekammer für schwurgerichtliche Strafsachen, als das Schwurgericht selbst gebildet werde (§. 5 der G.V., §. 5 und 6 der Vollz.Verordn. hiezu); ferner
2) ichreibe der Abs. 2 des §. 204 der Str.P.O. vor, daß der Staatsanwalt am Kreisgerichte in schwurgerichtlichen Sachen, wenn die Schwurgerichtssitzung bei einem andern Kreisgerichte stattfindet, die geschlossenen Voruntersuchungsakten unverzüglich dem Staatsanwalte dieses letztern Kreisgerichtes zur Antragstellung mitzutheilen habe.

Allein einer Gegenbeweisführung, die mit diesen Einwänden versucht werden wollte, wäre zu erwidern, daß die Str.P.O., über welche die Kammerverhandlungen schon am 16. Juli 1863 beendigt waren, und welche nach deren Ergebniß schon am 15. März 1864 die landesherrliche Sanktion erhielt, nur *den* Entwurf einer Gerichtsverfassung im Auge hatte und haben konnte, welcher am 20. Januar 1862 den Ständen vorgelegt worden war, daß dagegen die am 12. Mai 1864 publizirte Gerichtsverfassung auf der den Ständen erst am 26. April gl. J. vorgelegten Schlußredaktion jenes ersten Entwurfs vom Jahr 1862 beruht, die hauptsächlich wegen des veränderten Planes der Organisation der Kreisgerichte einige Veränderungen enthielt, von denen wenigstens eine für unsere Frage von Wichtigkeit ist: Das ist die andere Fassung, welche dem §. 27 in der Schlußredaktion gegeben wurde; während nämlich die frühere Fassung der Regierung nur die allgemeine Ermächtigung verlieh, einzelne Kreisgerichte mit beschränktem Geschäftskreise zu errichten, wonach es ihr also freigestanden wäre, deren Geschäftskreis, wie z. B. in Würtemberg, auf die Erledigung von Strafsachen zu beschränken, wurde ihr in der neuen Fassung die spezielle Ermächtigung ertheilt, einzelne Kreisgerichte nur mit Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Rekursen gegen amtsgerichtliche Straferkenntnisse zu er-

*) Vorgesetzter Staatsanwalt im Sinne des §. 5 des D.W. ist wohl jeder vom Landesherrn ernannte staatsanwaltliche Beamte *der* Staatsanwaltschaft, welchem der Gehilfe beigegeben ist.

Der territoriale Umfang, in welchem Stellvertreter und Gehilfen verwendet werden dürfen, richtet sich selbstverständlich nach dem territorialen Umfang der Amtsgewalt desjenigen Staatsanwalts, den sie zu vertreten haben, in den Sachen, in welchen sie für die Dauer allein selbstständig und unter eigener Verantwortlichkeit auftreten dürfen.

Digitized by Google

richten, die Mitglieder ſolcher Kreisgerichte aber zugleich zu Mitgliedern der Strafkammer des Hauptgerichtshofs erklärt. Nachdem die Regierung von dieſer Ermächtigung in §. 7 der Vollz.Verordn. zur G.V. Gebrauch gemacht hatte, war damit die Einheit der Gerichtsbarkeit in kreis- und ſchwurgerichtlichen Strafſachen für den ganzen Kreis- und Hofgerichtsbezirk ausgeſprochen, und hieraus ergab ſich für die Organiſation der Staatsanwaltſchaft, die ſich, da die Berufsthätigkeit der Staatsanwälte hauptſächlich auf Strafſachen gerichtet iſt, naturgemäß jedenfalls der Organiſation der Strafgerichte anpaſſen muß, als nothwendige Folge, daß auch die Staatsanwaltſchaft in dem Bezirke eines Kreis- und Hofgerichts als einheitliches Ganzes konſtituirt werden mußte. Bei dieſer Sachlage ſind daher jene Beſtimmungen der Str.P.O. nur ſcheinbar widerſprechend, ſie ſind vielmehr nur superflua, quae non nocent.

(Fortſetzung folgt.)

Heidelberg den 27. November 1869.

Fr. v. Berg, Staatsanwalt.

161.

Druckfehler in §. 6 der Verordnung vom 8. Mai 1867 über die Gebühren der Anwälte in gerichtlichen Angelegenheiten.

(Reggsbl. 1867 No. 20 S. 151.)

§. 6 der Gebührenordnung für Anwälte handelt vom ſchriftlichen Verfahren, welches auf Grund der §§. 334. 993 der Pr.O. angeordnet wird. Statt des §. 993 iſt aber im Reggsbl. der §. 933 irrthümlich genannt, welcher von dem Recht des Schuldners ſpricht, die zur Zwangsverſteigerung ausgeſetzten Liegenſchaften unter gewiſſen Bedingungen vor der endlichen Verſteigerung ſelbſt zu verkaufen.

In die bei Hollinger in Lörrach erſchienene neue Taxordnung für Anwälte iſt der eben beſprochene Druckfehler auch übergegangen und der Wortlaut des §. 933 der Pr.O. in der Note 1 abgedruckt, während ebendieſer Wortlaut auf den unterlaufenen Druckfehler aufmerkſam machen mußte. Red.

162.

I. La clause d'apport (L.R.S. 1497 Abſ. 2, L.R.S. 1500 Abſ. 2, L.R.S. 1499).

II. Handgeſchenk des Ehemanns an ſeine Ehefrau?

J. S.

der Ehefrau des Philipp Schuler von St. Georgen, Maria geb. Haas, Klägerin

gegen

die Gantmaſſe ihres Ehemanns, Beklagten,

Forderung und Vorzugsrecht betr.

I. Die Klägerin verehelichte ſich mit dem Gantſchuldner am 29. Mai 1859. Nach dem Ehevertrag warf jeder Theil 100 fl. in die Gemeinſchaft, alles übrige Vermögen wurde für verliegenſchaftet erklärt. Zugleich war beſtimmt, daß über das beiderſeitige Beibringen ein beſonderes Verzeichniß aufgeſtellt werden ſolle. Unterm 27. Oktober 1859 errichtete der Notar ein Verzeichniß der angeblich von der Ehefrau in die Ehe eingebrachten Fahrniſſe mit Nennung des Werthanſchlags.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Februar 1870. No. 12.

Anzeige.

Mit No. 24 wird das zweite Semeſter des Jahres 1869, und damit der **XXXV.** Band der Annalen geſchloſſen.

Auch künftig wird in den Beilagen die Tagesordnung des Oberhofgerichts mitgetheilt werden.

Die großherzoglichen Poſtämter wie die Buchhandlungen ſind in den Stand geſetzt, die Zeitſchrift ohne Preiserhöhung zu liefern und wollen die Beſtellungen auf das erſte Semeſter des Jahres 1870 gefälligſt bald gemacht werden.

Mannheim im Dezember 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1869. Band XXXV. No. 13.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Februar 1870.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 1. Februar.	
127	Steble gegen Herzog. — Forderung	Eller. — Gernandt.
126	Haaf gegen Spall. — Erbtheilung	Gernandt. — Zutt.
	Donnerstag den 3. Februar.	
130	Schmieg gegen Neukumet. — Vaterschaftsanerkennung . . .	Geißmar. — Grimm.
128	Elkan gegen Buch. — Forderung	Kusel. — Zutt.
	Dienstag den 8. Februar.	
118	Haag gegen Fiscus. — Werthpapierherausgabe	A. Fürst. — v. Engelberg.
123	Levy gegen Armbruster. — Forderung	Burger. — Hofer.
	Donnerstag den 10. Februar.	
137	Oppenheimer gegen Krauth. — Forderung	Grimm.
85	Wagemann gegen Löich. — Dienstbarkeit	Esser. — Geißmar.
	Dienstag den 15. Februar.	
133	Rheinische Gasgesellschaft gegen Sonntag. — Vertragserfüllung .	Geißmar. — Grimm.
146	Keller gegen Brodmann. — Unterpfandsabtretung . . .	Rizl. — Straub.
	Donnerstag den 17. Februar.	
129	Menz gegen Kirnberger. — Eigenthumsfreiheit	Esser. — v. Feder.
139	Seligmann gegen Hespeler. — Forderung	Bodenheimer. — Stiegler.
	Dienstag den 22. Februar.	
110	Armbruster gegen Berger. — Forderung	Gamber. — v. Feder.
143	Offenbach gegen Mayer. — Forderung	Faas.
	Donnerstag den 24. Februar.	
138	Henrici gegen Stövesand. — Forderung	A. Fürst. — Schulz.
140	Thoma gegen Schlageter. — Forderung	Gernandt. — Geißmar.

Digitized by Google

Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim.

Die in meinem Verlage erscheinende

Zeitschrift

für

FRANZOESISCHES CIVILRECHT,

herausgegeben

von

Dr. Sigismund Puchelt,

grossherzoglich badischem Kreis- und Hofgerichts-Director.

wird, um einem vielfach geäusserten Wunsche zu entsprechen, von Ostern ab in der Weise erweitert werden, dass unter Mitwirkung ausgezeichneter Kräfte, wie des Geh. Raths **Renaud** in **Heidelberg**, des Geh. Justizraths **Bauerband** in **Bonn** und des Oberappellationsgerichtsrath **Bernburg** in **Darmstadt** u. A. neben dem bisherigen Inhalt darin mitgetheilt werden:

regelmässige Berichte über die neue rheinpreussische, pfälzische, rheinhessische und badische Jurisprudenz, sowie selbstständige Artikel im Gebiete des französischen Civilrechts.

Vierteljährlich erscheint ein Heft von ca. 9 Bogen im Preis von 1 fl. 12 kr. und bilden 4 Hefte einen Band.

Mannheim, den 27. November 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1869. **Band XXXV.** **No. 24.**

Benachrichtigung.

Mit dem Beginn des nächsten Jahrgangs der Annalen geht die Redaction dieser Zeitschrift auf Herrn Oberhofgerichtsrath Brauer über, an welchen die noch nicht zum Druck gekommenen Manuscripte abgegeben worden sind.

Indem ich meinen — durch Wegzug veranlassten — Rücktritt von der Redaction hiemit kundgebe, spreche ich Allen, welche zur Förderung der Annalen beigetragen haben, meinen Dank und den Wunsch aus, dass sie auch unter dem neuen — als Schriftsteller bewährten — Herrn Redacteur sich wie bisher an dem Blatte ferner betheiligen.

Mannheim, im November 1869.

L. Stempf.

Unter Bezugnahme auf vorstehende Anzeige der bisherigen geehrten Redaction bestätige ich, dass ich auf den wiederholten Wunsch der Verlagshandlung die Redaction der Annalen der badischen Gerichte von Neujahr an übernommen habe.

Auf fernere freundliche Mitwirkung meiner geschätzten Collegen und Mitarbeiter, auch ohne besondere Einladung, rechnend, werde ich mich bemühen, diese Zeitschrift, die schon im Jahr 1832 unter Bekk's ausgezeichneter Leitung in das Leben getreten, als ein freieres Organ für practische und wissenschaftliche Ausbildung des badischen Rechts Jahrzehnte hindurch bei wechselnden Geschicken ihre Lebenskraft bethätigt und am Kampfe für zeitgemässes volksthümliches Recht stets regen Antheil genommen hat, in nicht unwürdiger Weise fortzusetzen.

Mannheim, im November 1869.

E. Brauer.

(Schluß von Art. 162.)

Die Klägerin, welche sich der Gütergemeinschaft entschlagen und Vermögensabsonderung gemäß §. 1060 der Pr.O. erwirkt hatte, verlangte nun von der Gantmasse die Rückgabe, beziehungsweise den Ersatz dieser Fahrnisse theils im Stück, theils nach dem Anschlag mit gesetzlichem Pfandrecht im Range vom Tage des Eheabschlusses.

Diese Anmeldungsklage ist aber nicht begründet.

Die Grundlage des Ehevertrages ist die gesetzliche Gütergemeinschaft (L.R.S. 1401 Ziff. 1). Die Klägerin wäre dann zur Rückforderung berechtigt, wenn sie nachzuweisen vermöchte, daß sie diese Fahrnisse in die Ehe eingebracht oder während der Ehe auf eine gültige Weise erworben habe. Das Letztere ward von der Ehefrau nicht behauptet. Nach L.R.S. 1499. 1510 muß das Beibringen durch eine öffentliche Urkunde dargethan werden. L.R.S. 1499 steht zwar im Abschnitt von der Errungenschaftsgemeinschaft, allein hier findet auch die allgemeine Vorschrift des L.R.S. 1510 Anwendung.

Ferner muß die Urkunde vor Abschluß der Ehe errichtet werden.

Stabel, Druckbogen über das Güterrecht S. 33.

Duranton (Brüsseler Ausgabe) tom. VIII. No. 16 Seite 264.

Marcadé V. zu L.R.S. 1499 No. III. S. 655.

Die Klägerin befand sich bei Abschluß der Ehe in ebenso unabhängiger Lage wie ihr Ehemann; es wäre ihrer oder ihrer Angehörigen Aufgabe gewesen, die Vor-

Digitized by Google

schrift des L.R.S. 1499 zu beobachten und nicht, wie sie gethan, die Fertigung des Fahrnißverzeichnisses auf eine spätere Zeit nach Abschluß der Ehe zu verschieben.

Die L.R.S. 1502. 1504 finden hier keine Anwendung, denn sie beziehen sich nur auf den Beweis unter Ehegatten.

Laukhard, Rechtsfälle XI. S. 347.

Zachariä III. §. 522 S. 269.

Daß aber die Gantgläubiger, welche der Liquidantin das angesprochene Vorzugsrecht nicht streitig gemacht haben, Dritte im Sinne des L.R.S. 1499 sind, geht daraus hervor, daß der Gemeinschuldner durch die Ganteröffnung nur die Verfügungsgewalt über sein Vermögen verliert, und daß die Gläubiger nur in dieser Richtung an seine Stelle treten."

Die Liquidantin wurde mit ihrem Anspruch abgewiesen.

Die Bestimmung der nachträglichen Errichtung des Fahrnißverzeichnisses kommt in den Eheverträgen leider häufig vor. Wenn sich der Notar die Frage klar macht, wird er eine solche Clausel, einer weitern Geschäftsgebühr wegen nicht mehr aufnehmen.

II. Die Ehefrau liquidirte ferner ein Handgeschenk von 100 fl., welches ihr Vater ihr am 23. Oktober 1862, also nach Abschluß der Ehe, gegeben — mit gesetzlichem Pfandrecht von diesem Tage. Auch diese Ersatzforderung ist in Rechten nicht begründet. Es ist zwar richtig, daß bei Handgeschenken, d. h. bei solchen Schenkungen, bei welchen die Uebergabe sofort geschieht, gemäß L.R.S. 2279 die im L.R.S. 931 vorgeschriebene öffentliche Urkunde nicht nöthig fällt.

Zachariä §. 659.

Demolombe XX. No. 58.

Allein bei Schenkungen Dritter zu Gunsten eines Ehegatten ist diese Bestimmung ausgeschlossen.

L.R.S. 1081.

Denn bei allen Gedingen der Gütergemeinschaft, kraft welcher dem Ehemann der Besitz und die Verwaltung des eheweiblichen Vermögens zusteht, kann die Ehefrau nicht in eigenem Namen besitzen, also auch keine Handgeschenke empfangen. Das Gegebene fällt in die Gemeinschaft.

L.R.S. 1401. 1421. 1428.

Buisson,
Amtsrichter in Villingen.

163.

Schwangerschaft der in die Ehe getretenen Frau, von einem dritten Schwängerer herrührend, begründet einen Irrthum über wesentliche Eigenschaften, der die Nichtigkeitserklärung der Ehe nach sich ziehen kann.

Vergl. Annalen XXVI. 84. Sirey recueil 1858. II. 543.

Die nachstehenden Entscheidungsgründe zu dem Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Civilkammer II., vom 15. April 1868 enthalten auch das Thatsächliche dieses Falles.

„Mathäus M., welcher sich am 21. März 1867 mit der ledigen Susanna W. von J. ehelich trauen ließ, hat mit Klage vom 1. November 1867 das Begehren gestellt, diese Ehe als nichtig wieder aufzuheben, weil er sich bei Eingehung derselben über eine wesentliche Eigenschaft der Beklagten im Irrthum befunden habe, indem es sich nämlich erst nachträglich herausgestellt habe, daß dieselbe zur Zeit der Eingehung der Ehe von einem Dritten in schwangerem Zustande gewesen sei. Diese Klage erscheint nach Ansicht der L.R.S.S. 180. 311 a und des §. 10 der Eheordnung als in Rechten begründet. Wenn auch einige Schriftsteller des französischen Rechts den Art. 180 auf den Fall des Irrthums in dem physischen Individuum des andern Ehegatten beschränken, während die Mehrzahl auch den Irrthum über gewisse wesentliche Eigenschaften der Person als Nichtigkeitsgrund gelten läßt, erscheint für das badische Recht die mit dem Wortlaute des L.R.S. 180, vergl. mit L.R.S. 1110, wohl zu vereinbarende weitere Auslegung desselben zu Folge der Bestimmung des §. 10 der E.O. geradezu geboten und sind die in §. 10 der E.O. aufgeführten Fälle von wesentlichem Irrthum als Erläuterungen des L.R.S. 180 aufzufassen.

Zachariä, Handbuch §. 467 Anm. 3.

Brauer, Erläuterungen Band V. §. 405 „Nichtschwangerschaft (keineswegs unverletzte Jungfernschaft)."

Annalen XXVI. 84.

Bekagbel, bad. bürgerl. Recht §. 41 S. 124.

Der Beweis des von dem Kläger behaupteten, von der Beklagten in Abrede gestellten Nichtigkeitsgrundes ist als vollständig geführt zu betrachten. Zunächst steht

Digitized by Google

fest, daß die Beklagte schon am 2. Oktober 1867, somit 28 Wochen nach ihrer Verheirathung mit dem Kläger niederkam. Ueber die Reife des von ihr geborenen Knaben, welcher 5 oder 6 Tage nach der Geburt erkrankte und am 11 Oktober v. J. an Gichtern starb, wurden zwei Zeugen eidlich vernommen. Der Leichenschauer H. bezeugte, er habe sich selbst über das Alter der Frucht nicht näher verlässigt, die Hebamme habe ihm aber das Kind als ein neunmonatliches bezeichnet und er habe dann dieses Alter in das Sterberegister eingetragen. Nach Aussage der Hebamme, welche die Geburt geleitet hat, war das Kind von mittelmäßiger Größe, am Körper ohne Runzeln, mit über die Finger stehenden Nägeln, schrie laut sogleich nach der Geburt und war nach dem Dafürhalten der Hebamme reif und jedenfalls über acht Monate alt. Daß die Geburt, obgleich die Beklagte zum ersten Mal gebar, leicht von Statten ging, und daß das Kind die Brust der Mutter nicht annahm, sind Umstände, welche im vorliegenden Falle nicht gegen die Reife des Kindes sprechen, wie das ärztliche Gutachten auf den Grund der körperlichen Untersuchung der Beklagten dargethan hat.

Die mittlere Dauer der Schwangerschaft wird nach dem Gutachten auf 280 Tage bestimmt, doch seine Schwankungen von 270 bis 300 Tage zuzugeben. Nimmt man auch nur eine 270 tägige Dauer an, so wäre das Kind um 75 Tage zu früh gekommen, nämlich in der Mitte des 7. Monats. Dies wird aber nach der oben angeführten Beschaffenheit des Kindes durch das Gutachten als im höchsten Grade unwahrscheinlich verneint.

Die Beklagte hat nun allerdings behauptet, daß sie mit ihrem nachherigen Ehemanne schon vor der Hochzeit, nämlich am 3. März 1867 den Beischlaf vollzogen habe. Allein diese Behauptung, deren Glaubwürdigkeit einigermaßen der Umstand entgegensteht, daß die Beklagte bei dem richterlichen Vergleichsversuche hievon nichts erwähnte, sondern erst später im Prozesse damit hervorrat, hat sich durch die abgehörten Zeugen nicht erwiesen. Wollte man aber auch den dritten März v. J. als den Anfangspunkt der Schwangerschaft annehmen, in welchem Falle das Kind ganz im Anfange des 8. Monats und immer noch etwa 57 Tage zu früh zur Welt gekommen wäre, so liegt auch hierfür wenigstens keine Wahrscheinlichkeit vor, wenn auch der ärztliche Sachverständige einen bestimmten Ausspruch in dieser Beziehung nicht gewagt hat.

Weisen schon hiernach bedeutende Gründe auf einen früheren Schwangerschaftsanfang hin, so wird dieser Beweis erheblich unterstützt durch die Aussage des Jakob G., daß er mit der Beklagten etwa 1 ½ Jahr lang Bekanntschaft gehabt und mehrmals und zwar vor, und noch einige Male nach Neujahr 1867, also gerade in der nach dem Tage der Niederkunft zu unterstellenden Zeit der Empfängniß, geschlechtsvertraulichen Umgang gepflogen habe. Diese Aussage wird durch Heinrich und Lisette W. insoweit bestätigt, als diese zugeben, daß Jakob G längere Zeit mit der Beklagten Bekanntschaft gehabt, und wie Lisette W. angibt, dieselbe während eines Jahres alle 8 bis 14 Tage besucht habe, auch mit ihr auf Tanzböden gegangen sei. Jakob G. wurde zwar auf den Antrag des klägerischen Anwalts nur unbeeidigt vernommen, allein sein Benehmen bei der Einvernahme begründete keinen Verdacht an seiner Wahrhaftigkeit und auch der Umstand, daß der Vater der Beklagten G.'s Bewerbung um Letztere nicht angenommen hat, erscheint nicht als erheblich genug, um seine Glaubwürdigkeit in Zweifel zu setzen. Daß er selbst das Gerücht verbreitete, wurde durch die Aussagen der Zeugen nicht nachgewiesen, vielmehr hat er dies nach Angabe mehrerer Zeugen entschieden beabredet. Daß das Gerücht sich verbreitet hatte, die Beklagte sei von G. schwanger, ist allerdings festgestellt, allein daß G. solches selbst verbreitete, mögen die Zeugen nur unterstellt haben, und durchaus kein Beweis dafür liegt vor, daß er es ohne Ueberzeugung von der Wahrheit oder gegen besseres Wissen verbreitete.

Bringt man endlich in Rücksicht, daß die Bekl. zugibt, daß sie ihrem Ehemanne, als er sie wegen des fraglichen Gerüchts zu Rede stellte, eingeräumt habe, ihre weibliche Periode seit Weihnachten 1868 nicht mehr gehabt zu haben, und daß sie weiter zugibt, nach dem Besuche bei Dr. St. (welchen Kläger über den Stand der Schwangerschaft zu Rathe gezogen) ihrem Ehemanne eingestanden zu haben, daß sie vor der Ehe mit G. den Beischlaf vollzogen habe, wenn sie auch beifügt, sie habe dieses Geständniß nur aus Furcht vor Mißhandlungen von Seiten des Klägers abgelegt, so erscheint die Ueberzeugung völlig begründet, daß die Beklagte zur Zeit ihrer Verehelichung von einem Dritten geschwängert war.

Ist dies aber der Fall gewesen, so darf auch der Irrthum des Klägers über diese Thatsache zur Zeit der Eingehung der Ehe als erwiesen angenommen werden. Schon im Allgemeinen spricht die Vermuthung dagegen,

Digitized by Google

daß ein von einem Dritten geschwängertes Mädchen zur Ehe begehrt werden sollte. Die Schwangerschaft war aber in dem angegebenen Zeitpunkt höchstens der Beklagten selbst bekannt und auch dies ist nach dem Gutachten als zweifelhaft zu betrachten. Sollte aber auch die Beklagte selbst Kenntniß davon gehabt haben, so liegt doch sicher kein Grund dafür vor, daß sie ihrem Verlobten hiervon Mittheilung gemacht haben sollte, was sie auch nicht behauptet. Es mußte daher auf den Grund entschuldbaren wesentlichen Irrthums des Klägers bei Eingehung der Ehe mit der Beklagten diese Ehe als nichtig wieder aufgehoben werden.

Anmerkung des Einsenders:

Die vorliegende Entscheidung erscheint vom Standpunkt des badischen Rechts, Angesichts des §. 10 der Eheordnung („Eine Ehe ist ferner ungültig, wenn eines von beiden Ehegatten in einem unverschuldeten wesentlichen Irrthum bei Ertheilung seiner Einwilligung sich befand. Wesentlich ist der Irrthum a) wenn eines der beiden Ehegatten für eine andere Person gehalten wurde, als es wirklich ist; b) wenn einem der beiden Ehegatten eine Eigenschaft ermangelt, die nach dem allgemeinen Zweck aller Ehen von jedem Vernünftigen stillschweigend vorausgesetzt wird; dergleichen Voraussetzungen sind: — — — Nichtschwangerschaft der in die Ehe eingetretenen Weibsperson von einem dritten Schwängerer*) durchaus gerechtfertigt, soweit es die einschlägige Rechtsfrage betrifft. L.R.S. 180 schließt sich zwar in den Worten „Irrthum in der Person" eng an den Urtext „erreur dans la personne" an, aus welcher Fassung man in der französischen Wissenschaft, entgegen Pothier's Fassung „erreur sur la personne" und dem Vorschlage des Cassationshofes „erreur sur l'individu" die strengere Ansicht ableitet, wonach der Irrthum die ganze Persönlichkeit und nicht blos eine Eigenschaft der betreffenden Person zu umfassen hat. Allein die Eheordnung hilft über die Controversen des französischen Rechts dadurch weg, daß sie den Irrthum über gewisse physische, moralische und sociale Eigenschaften für einen wesentlichen erklärt. Wenn die Ehe nicht nur conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae (l. 1 D. de ritu nupt.), sondern auch copula carnalis legitima, wenn sie liberorum procreandorum causa geschlossen sein soll, so wird durch den Eintritt einer von einem Dritten Geschwängerten in die Ehe schon physisch für die erste Zeit der Zweck der Ehe aufgehoben, dabei aber auch dem Ehemanne in moralischer Beziehung eine Zumuthung gemacht, gegen welche er, wenn er den Zustand der Braut nicht kannte*), gesetzlichen Schutz durch die Vernichtung des Ehebandes verdient.

Dagegen gehört diese Frage in Frankreich zu den bestrittensten und es läßt sich nicht verkennen, daß auch die Gründe gegen die Zulassung der Nichtigkeitsklage wegen Irrthums in den Eigenschaften sehr schwer wiegen. Der Fall, wie er hier vorliegt, von einem Dritten herrührende Schwangerschaft, ist bei den verschiedenen Schriftstellern gar nicht besonders hervorgehoben worden; er ist auch, soweit uns bekannt, in Frankreich erst einmal, nämlich bei dem Tribunal zu Chaumont am 9. Juni 1858, zur Aburtheilung gekommen, welcher Gerichtshof sich dahin aussprach, der Irrthum in der Person, von dem Art. 180 spreche, müsse ein anderer als der die Einwilligung nach Art. 146 ausschließende, nämlich nicht der Irrthum über das Individuum, sondern der über seinen Civilstand, über die wesentlichen Elemente seiner Persönlichkeit, über seine socialen und moralischen Eigenschaften sein, welcher Irrthum nach den Umständen ebenso schwer in die Wagschale fallen könne, wie der Irrthum über das physische Individuum. Zu diesen Irrthümern zählte das Tribunal auch die grossesse dissimulée de la femme au moment de la célébration und erklärte deßhalb die betreffende Ehe für nichtig. Sirey, recueil 1858 II. 543, Gilbert, supplément zu den codes annotés, art. 180 nro. 6. Dieses Urtheil wurde rechtskräftig, allein es erfuhr eine sehr herbe Kritik durch den Avocat général de Raynal, der in seinem Requisitorium in der unten zu erwähnenden Sache Berthon dieses Urtheil einen Exceß der richterlichen Würdigung nennt, durch welchen unter dem Vorwande eines vorliegenden Irrthums man willkürlich trennende Ehehindernisse schafft, von denen keine Gesetzgebung geträumt habe.

Sirey, recueil 1861 I. 251.

Die Fälle, welche den Autoren vorschwebten, sind vielmehr das Unvermögen, die Eigenschaft eines entlasse-

*) Daß ein Mann förmlich auf den schon vorhandenen Schwangerschaftszustand seiner Erwählten speculire, um eine frühere Schenkung unter Lebenden nach Art. 960 wegen späterer Erscheinung eines Kindes widerrufen zu können, ist eine Ungeheuerlichkeit, mit der freilich die französischen Gerichte erst in jüngster Zeit sich zu beschäftigen hatten. Urtheile des Gerichtshofes zu Agen vom 29. Juni 1864 und 6. April 1867. Sirey, recueil 1869 II. 203.

Digitized by Google

nen Sträflings, das geiſtliche Gelübde, die Weigerung eines Ehegatten die kirchliche Trauung vollziehen zu laſſen. Die Schriftſteller theilen ſich hier förmlich in zwei Lager. In Uebereinſtimmung mit Zachariae III. §. 467, der das impedimentum erroris auf den Fall beſchränkt, da ſich der eine Ehegatte, oder da ſich beide Ehegatten gegenſeitig in dem phyſiſchen Individuum des andern Ehegatten geirrt haben, erklären Aubry et Rau IV. §. 462 ausdrücklich:

„L'erreur de l'un des époux sur les qualités physiques ou morales de l'autre ne suffit donc pas pour invalider son consentement. Il en est de même de l'erreur sur les qualités civiles ou sociales.“ Vergl. auch die dort in Note 7 angeführten Schriftſteller.

Dagegen vertreten die neueren Schriftſteller Marcadé zu Art. 180. III. IV. V., Demolombe (Brüſſeler Ausgabe) II. n. 251—253, denen ſich auch Anſchütz in der Note 3* anſchließt (derſelbe führt irrthümlich Aubry et Rau als Anhänger dieſer Theorie auf), die Anſicht, daß in Art 180 nicht der Irrthum über die phyſiſche Perſon gemeint ſei, ſondern der Irrthum über den Civilſtand und ſelbſt über gewiſſe ſociale Eigenſchaften. Letztere Anſicht ſcheint uns den Vorzug zu verdienen. Das alte franzöſiſche Recht, welches dem Grundſatze huldigte „für jede Unterſchiebung einer andern Perſon, ſelbſt einer ganz unbekannten Perſon Nichtigkeit; für Irrthum über Eigenſchaften, ohne Perſonenunterſchiebung, niemals Nichtigkeit (außer dem Falle der Unfreiheit)“, ging dabei weſentlich von der bis zur Revolution bei den adligen Familien üblichen Trauung par procuration aus, bei welcher allerdings der Unterſchiebung andrer Perſonen jeder Spielraum gegeben war. Allein war es denn ein nach heutiger Anſchauung weſentlicher Irrthum in der Perſon, wenn ein Fürſt ſtatt einer ebenbürtigen Prinzeſſin die Tochter eines einfachen Edelmanns, oder ein ruinirter Cavalier ſtatt der reichen Wittwe eines Generalpächters ein armes Mädchen zugeführt erhielt? In dieſen Fällen aber wurden die Ehen im alten Frankreich für nichtig erklärt. Soll die Ehe mit einer durch einen Andern geſchwängerten Frau, ſoll die Ehe mit einem entlaſſenen Galeerenſträfling wegen Unweſentlichkeit des Irrthums unauflöslich ſein? Mit überzeugenden Gründen, wie uns ſcheint, haben Marcadé und Demolombe ausgeführt, daß der Moralität und der Heiligkeit der Ehe ein ſchlechter Dienſt erwieſen würde, wenn der Art. 180 auf den Fall des Irrthums über die phyſiſche Perſon, der heute bei Wegfall der procuration kaum mehr vorkommen dürfte, beſchränkt wird. Aubry et Rau ſuchen zwiſchen beiden Anſichten zu vermitteln, indem ſie außer dem Irrthum über die phyſiſche Perſon auch noch den Irrthum sous le rapport de l'individualité civile zulaſſen wollen, dagegen jeden andern Irrthum, ſo ſchwer er auch ſein möge, ausſchließen, weil er nur einen Irrthum über die Eigenſchaften der Perſon, der folglich nicht die Einwilligung aufhebe, bilde. Allein was gerade l'individualité civile betrifft, hat die neue franzöſiſche Gerichtspraxis eine eigenthümliche und, wie uns bedünkt, ungerechtfertigte Entſcheidung im Sinne des ſtrengeren alten Rechts gegeben. Als Zoe Herbin, welche am 10. März 1857 den Eugène Berthon geheirathet hatte, im November 1857 in Erfahrung brachte, ihr Mann ſei 1844 wegen Beihilfe zu einem Morde zu 15 Jahren Galeerenſtrafe verurtheilt worden und bis 1855 auf den Galeeren geweſen, und ſie nun auf Nichtigkeit dieſer mit einem forçat libéré eingegangenen Ehe klagte, wurde ſie mit dieſer Klage in zwei Inſtanzen abgewieſen. (Sirey 1860 II. 71). Dieſes Urtheil wurde zwar caſſirt, aber nur deßhalb, weil der Gerichtshof unterlaſſen habe zu prüfen, bis zu welchem Punkte der Irrthum ſich auf weſentliche, die civile Perſönlichkeit bildende Bedingungen bezog und deßhalb einen Irrthum in der Perſon bewirkte. (Sirey 1861 I. 241—253.) Als dann aber der Gerichtshof zu Orleans ausſprach, die Unkenntniß der Frau Berthon über die Antecedentien ihres Ehemanns, welche die civile Perſönlichkeit, die civile Identität deſſelben nicht alterirten, bilde keinen vom Geſetz als Grund der Nichtigkeit der Ehe vorgeſehenen Irrthum in der Perſon (Sirey 1861 II. 485), verwarf der Caſſationshof auf Grund eines glänzenden Requiſitoriums Dupin's die Caſſationsbeſchwerde der armen Frau Berthon:

„Le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir. Ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies, et spécialement

Digitized by Google

à l'erreur de l'epoux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives ou infamantes anterieurement prononcées contre son conjoint, et la privation des droits civils et civiques qui s'en est suivie.„"

Sirey, 1862. I. 341—356.

Diese Entscheidung läuft gewiß den richtigen Grundsätzen über die Heilighaltung der Ehe entgegen. Wozu nützt die ausdehnende Interpretation, welche der Cassationshof dem Art. 180 dahin gibt, daß derselbe außer dem Falle des erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration auch anwendbar sein sollen, quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre? Der Fall der andern Persönlichkeit ist entschieden weniger schwer, weil auch mit der andern Person eine auf die Dauer glückliche Ehe möglich wäre, als der Fall, wenn eben die Persönlichkeit, wie sie ist, nach erlangter Kenntniß ihrer Eigenschaften unerträglich wird. Die einer Adligen unterschobene Bürgerliche soll verstoßen werden können, Madame Bertbon aber an den forçat libéré geschmiedet bleiben, wenn sie auch zurückschaudert vor der blutbefleckten Hand des Mörders! Hoffentlich wird die mildere Interpretation des Art. 180 auch in Frankreich siegen.

Heinsheimer.

164.

Ehegatten können gegen einander mit einer Klage auf Nichtigkeit der Ehe nicht gehört werden, wenn ein Besitz des Ehestands vorhanden und der Schein über die vor dem Beamten des bürgerlichen Standes geschlossene Ehe vorgelegt worden ist.

Diese Vorschrift des L.R.S. 196 findet auch auf die im Auslande ohne Staatserlaubniß geschlossenen Ehen Anwendung.

Friedrich Werner, geboren zu St. Petersburg im Jahr 1837, Sohn des Schneidermeisters Werner, der 1844 das Bürgerrecht in Mannheim für sich und seine drei Kinder erwarb, verheirathete sich am 8. Oktober 1857 vor dem Pfarrer H. Woods Tindall in der Kirche des Kirchspiels St. James, Clerkenwell, Grafschaft Middlesex zu London mit Caroline Carrier aus Chamonnix. Nachdem aus dieser Ehe 1863 ein Sohn geboren worden war, erhob Werner am 9. Mai 1867 eine Klage auf Nichtigkeit dieser Ehe, weil dieselbe

I. im Auslande ohne Staatsgenehmigung, also mit Verletzung der Verordnung vom 4. Mai 1812,

II. mit Außerachtlassung folgender wesentlicher Vorschriften geschlossen worden sei:

1) Werner, beim Eheabschluß noch nicht 21 Jahre alt, habe die Ehe ohne Einwilligung seines Vaters und ohne Stellung ehrerbietiger Ansuchen eingegangen;
2) die Trauung sei von einem unzuständigen Standesbeamten vorgenommen worden;
3) die vorgeschriebenen Aufgebote hätten nicht stattgefunden;
4) der Eintrag der Ehe in das Ehebuch der Stadt Mannheim in den ersten drei Monaten nach der Rückkehr auf das Staatsgebiet sei unterblieben.

Die Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Mannheim versagte aber am 7. September 1867 die Ladung auf diese Klage aus folgenden Gründen:

„Weder einzeln, noch im Zusammenhalte können diese Gründe den Ausspruch der Nichtigkeit dieser Ehe nach sich ziehen. Keiner derselben stellt ein trennendes unheilbares Ehehinderniß dar, vielmehr liegen lediglich relative Nichtigkeits- beziehungsweise Anfechtungsgründe vor, welche aber sämmtlich vom Kläger nicht mehr geltend gemacht werden können.

Allerdings kann nach L.R.S. 191 jede Heirath, welche nicht öffentlich und vor dem gehörigen Staatsbeamten geschlossen worden, von den Ehegatten selbst, von ihren Eltern, ihren Großeltern u. s. w. angefochten werden; allein nach Satz 196 können die Ehegatten gegeneinander mit einer Klage auf Nichtigkeit des Ehescheins nicht gehört werden, wenn ein Besitz des Ehestandes vorhanden und der Schein über die vor dem Beamten des bürgerlichen Standes geschlossene Ehe vorgelegt worden ist. Kläger hat selbst diesen Schein mit seiner Klage vorgelegt und aus seinen eigenen Anführungen ergibt sich, daß der Besitz des Ehestandes vorhanden ist, indem hiernach das Ehepaar Werner nach dem Eheabschluß bis

Digitized by Google

zum Mai 1862 in London, dann in Heidelberg, dem Wohnorte des Vaters des Klägers, endlich in Paris zusammenwohnte, daß dann zwar die Beklagte als Haushälterin in Paris verblieb, während der Kläger nach Zürich ging, daß aber der Letztere diese Trennung genehmigt hatte, daß sodann nach einem Besuche der Beklagten in Zürich die Ehe mit einem Knaben gesegnet wurde, dessen Herausgabe zur weiteren Erziehung der Kläger im Oktober 1866, bis wohin ihn die Beklagte bei sich gehabt hatte, erwirkte.

Der Kläger hat zwar unter Berufung auf Demolombe II. 223 behauptet, daß die Außerachtlassung der L.R.S.S. 148. 149 151—153 bei den im Auslande geschlossenen Ehen die Nichtigkeit unbedingt zur Folge habe, da die den Sätzen 182. 170 gezogene Schranke des Satzes 183 sich nur auf die im Inlande geschlossenen Ehen beziehe; allein er hat dabei lediglich eine in der französischen Wissenschaft aufgestellte Ansicht sich zu eigen gemacht, welcher Demolombe selbst keineswegs huldigt, indem dieser vielmehr

II. No. 225

sich dahin ausspricht, daß bei dem Eheabschluß im Auslande die Richter im gegebenen Falle nach den Umständen prüfen sollen, ob die Ehe giltig oder wegen Verletzung des S. 170 nichtig sein solle, daß aber keinenfalls die Ehe von den Ehegatten solle angefochten werden können, wenn der Besitz des Ehestandes, die Einwilligung der Ascendenten oder der Familie, die Geburt von Kindern nachfolge.

Vergl. auch Aubry et Rau, IV. S. 14. 105. 112.
Zachariae, §. 454.
Marcadé, I. Art. 196 I.
Annalen XXIV. 193.

Während hiernach der Abschluß der Ehe im Auslande den andern Mängeln keinen besondern Charakter verleiht, ergibt sich aus den Sätzen 183. 196, daß der Kläger keinen der oben angeführten Gründe jetzt nach bald zehnjähriger Dauer der Ehe geltend machen kann. Nach S. 183 können die Ehegatten wegen Mangels des Alters oder der Einwilligung die Nichtigkeitsklage nicht mehr anstellen, sobald sie das gehörige Alter erreicht haben, um für sich allein in die Ehe willigen zu können und ein Jahr ohne Einsprache verstreichen lassen.

Demolombe, II. 287.

Die weiteren Mängel, welche sich auf das Fehlen der Oeffentlichkeit des Eheabschlusses im weitern Sinne, also einschließlich der Unzuständigkeit des Standesbeamten

Marcadé, I. Art. 196,
Demolombe, II. 315,

beziehen, können aber nicht mehr durch den Ehegatten zur Sprache gebracht werden, weil der Besitz des ehelichen Standes hier vorliegt. Demolombe, II. No. 327 bis 329 führt in dieser Beziehung aus, daß Satz 196 gegen alle Nichtigkeiten schützen soll, welche den Akt des Eheabschlusses in Frage stellen, daß jede action en nullité fondée sur l'insuffisance de ces conditions durch ihn ausgeschlossen werden soll, weil der Besitz des ehelichen Standes die Oeffentlichkeit der Ehe, die Notorietät des gesetzlichen Zustandes der Ehe darstelle.

Was insbesondere die Unzuständigkeit des Standesbeamten betrifft, so ist diese aus dem Grunde ein Anfechtungsmoment, weil der zuständige Beamte theils die Oeffentlichkeit der Ehe schützen, theils die Freiheit der Eheeinwilligung garantiren soll; der Besitz des ehelichen Standes, welcher dem Eheabschluß nachfolgt, bewirkt aber die Oeffentlichkeit der Ehe, er beweist die freie Einwilligung der Ehegatten und deßhalb sind die Ehegatten, die im Besitze des ehelichen Standes sind, mit Recht ausgeschlossen von der Nichtigkeitsklage wegen Unzuständigkeit.

Demolombe, II. nro. 328.
Marcadé, zu art. 191 III. IV. zu art. 196 I. „ce cas est celui du défaut de publicité, ce qui comprend le défaut de publicité proprement dite et aussi l'incompétence de l'officier civil."

Die Unterlassung des Eintrags der Trauungsurkunde nach der Rückkehr in die Heimath bezeichnet endlich das Gesetz nirgends, insbesondere nicht in Art. 171 als einen Anfechtungsgrund."

Heinsheimer.

165.

Zusammenstellung der, durch den Werthbetrag des Streitgegenstands veranlaßten Collisionsfälle über die Zuständigkeit der Amts- oder der Kreisgerichte.

Nach §. 12 der Gerichtsverfassung steht den Amtsgerichten die bürgerliche Gerichtsbarkeit

a) ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegen-

Digitized by Google

standes in den durch die bürgerliche Pr.O. bestimmten Fällen,

b) ferner in denjenigen Rechtsstreiten zu, deren Gegenstand den Werth von 200 fl. nicht übersteigt.

Nach §. 23 der G.V. sind in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht vor die Amtsgerichte gehören, die Kreisgerichte die erste Instanz, demzufolge nach §. 10 Ziff. 3 der Pr.O. für die Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand den Werth von 200 fl. übersteigt.

Wird auf Grund dieses Gesetzes eine Klage bei dem Kreisgericht erhoben, der in derselben angegebene Werth des Streitgegenstandes aber vom Beklagten widersprochen, und wo nöthig durch Schätzung in minderem Betrag festgestellt, so ist die Zurückweisung der Sache an das Amtsgericht nach §. 16 der Pr.O. zulässig und für dieses bindend.

Dagegen ist eine erst im Laufe des Rechtsstreits eintretende Minderung des ursprünglichen Klaganspruchs nach §. 17 ohne Einfluß auf die Zuständigkeit des um Verhandlung und Entscheidung angegangenen Kreisgerichts.

Nach §. 46 der Pr.O. steht aber den Parteien das Recht zu, den einzelnen Rechtsstreit auch vor ein, für denselben an sich unzuständiges, ordentliches bürgerliches Gericht zu bringen, wenn dieses die Annahme nicht verweigert.

Diese Bestimmung findet nach §. 52 auch dann Anwendung, wenn dem angerufenen Gerichte die durch den Streitwerth bedingte Zuständigkeit mangelt, und zwar bei Collegialgerichten nur, wenn der Streitwerth mindestens 50 fl. beträgt. Beträgt der Streitwerth weniger als 50 fl., so kann die Klage nicht vor das Kreisgericht gebracht werden, §. 23 der Gerichtsverfassung, §. 52 der Pr.O., ist aber jener Werth vorhanden, so darf die Klage statt bei dem Amtsgericht, bei dem Kreisgericht erhoben werden, §. 23 der G.V., welchem eine Zurückweisung an das Amtsgericht nicht zukommt.

Ebenso darf aber auch bei einem Streitwerth von mehr als 200 fl. die Klage bei dem Amtsgericht — statt bei dem Kreisgericht — erhoben werden.

§§. 52. 261 der Pr.O.

Nach §. 13 der G.V. können nämlich die Amtsgerichte durch Prorogation für alle Rechtsstreitigkeiten zuständig werden, die nach der b. Pr.O. vor Schiedsgerichte gebracht werden dürfen.

Unstatthaft ist hiernach die Prorogation an die Amtsgerichte nur in den, durch §. 13 der G.V., verglichen mit §. 1063. 1064 der Pr.O. vorgesehenen Fällen.

Dem Amtsgericht, bei welchem eine Klage wegen eines Streits von mehr als 200 fl. Werth erhoben, ist die Abweisung der Klage, weil sie der Summe nach vor das Kreisgericht gehörte, nicht gestattet. Obschon nämlich das Amtsgericht, welches über seine Zuständigkeit zu erkennen hat, in einem solchen Falle, wo es sich nicht für zuständig erachtet, an sich das Recht hätte, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer Prorogation sofort die Ladung zu versagen, so war doch in Abs. 3 des §. 274 des Entwurfs der Pr.O. der Grundsatz ausgesprochen, daß — wo die Unzuständigkeit nur auf den Vorschriften über den Streitwerth beruht, es sich also nicht um absolute, sondern nur um relative Incompetenz handelt, die Abweisung bei dem Amtsgerichte und die Verweisung an das Kreisgericht nur dann zulässig sei, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit vorgeschützt habe.

Die Kommission der II. Kammer war zwar nicht für diese Unzulässigkeit der Ladungsversagung, schlug jedoch aus zwei Gründen keine Abänderung vor: einmal weil in dem Gesetze, welches die ganze Entscheidung des Rechtsstreits der mündlichen Verhandlung vorbehält, Ladungsversagungen überhaupt möglichst vermieden werden sollten, sodann und hauptsächlich weil — wo immer möglich — der Verhandlung des Prozesses ein Vergleichsversuch vorhergehen soll, welcher zweckmäßiger bei dem Amtsgericht als bei dem Collegialgericht vorgenommen werden kann.

Dabei wurde bemerkt:

„Wird der Beklagte zu einem Vergleichsversuche vorgeladen und ihm mit der Ladung zugleich eröffnet, daß das Amtsgericht nicht zuständig sei, dann weiß er, es bedürfe nur seines Ausbleibens oder einer Willensäußerung, um den Streit an das Collegialgericht zu bringen. Erscheint der Beklagte und will er — ohne sich zu vergleichen — bei dem Amtsgerichte auf die Klage sich einlassen, dann handelt er freiwillig, und kann, da hier eine stillschweigende Prorogation nach §. 52 vorliegt, das Verfahren nicht mehr wegen Unzuständigkeit des Gerichts anfechten.

Diesem in der I. Kammer nur von der Minorität

Digitized by Google

der Kommission gebilligte Antrag trat die I. und II. Kammer bei.

1) Diesem Antrag entsprechend ist in §. 261 der Pr.O. Abs. 1 und 2 verordnet:

Ersieht das Amtsgericht vor erkannter Ladung, daß die bei ihm erhobene Klage nach dem Streitwerth vor das Kreisgericht gehört, so hat es sein Bedenken in der Ladung zu einer Vergleichstagfahrt beiden Theilen kund zu geben.

Erscheint der Beklagte und läßt sich beim Mißlingen des Vergleichsversuchs auf die Klage ein, so bleibt die Sache dem Amtsgericht.

Erscheint aber der Beklagte nicht, oder erscheint er zwar, verweigert aber beim Mißlingen des Vergleichsversuchs die Einlassung, so verweist das Amtsgericht den Kläger an das Collegialgericht. In diesem Falle hat es seine Akten dem Kreisgericht nicht vorzulegen, sondern dem Kläger bleibt überlassen, ob er die Klage bei dem Kreisgericht durch einen Anwalt neu erheben, oder durch den dort aufzustellenden Anwalt auf die bereits bei dem Amtsgericht erhobene Bezug nehmen lassen will, in welchem Falle das Amtsgericht auf Antrag des klägerischen Anwalts von dem Kreisgericht veranlaßt werden wird, die dort erhobene Klage vorzulegen, §. 261 Abs. 1 und 2.

v. Freydorf, Bemerkung 2 zu §. 261 der Pr.O. S. 602.

2) Wird das Amtsgericht erst nach erkannter Ladung auf den seine Zuständigkeit überschreitenden Streitwerth aufmerksam, so hat es dieselbe Verfügung zu erlassen und dasselbe Verfahren einzuhalten, nämlich den Kläger mit seiner Klage an das Kreisgericht zu verweisen.

§. 261 Abs. 3 verglichen mit §. 292.

3) Wird aber erst im Laufe des amtsgerichtlichen Verfahrens durch Widerspruch oder anderes Vorbringen einer Partei ein Streitpunkt von mehr als 200 fl. Werth zur gerichtlichen Beurtheilung gebracht, so hat das nach dem Inhalt der Klage zuständig gewesene Amtsgericht auf den in dem Vorbringen selbst, beziehungsweise in der ersten Erklärung darauf zu stellenden Antrag der einen oder andern Partei die Akten zur weiteren Verhandlung und Entscheidung dem Kreisgerichte vorzulegen, welches sie dann nicht zurückweisen darf.

§. 8 der Pr.O.

4) Ebenso wird bezüglich der Vor- und Widerklage verfahren, wenn gegen eine bei dem Amtsgericht anhängige Klage eine Widerklage von mehr als 200 fl. Werth auch bei dem Amtsgericht erhoben wird, vorausgesetzt daß die Widerklage aus demselben Rechtsverhältniß, wie die Klage oder eine gegen diese vorgeschützte Einrede entsprungen ist. In solchem Falle ist die Widerklage bei dem Amtsgericht zu erheben. Andernfalls kann aber die Widerklage von mehr als 200 fl. Werth auch bei dem Collegialgericht erhoben werden.

§. 39 der Pr.O.

5) Gesuche um Arrest, einstweilige Verfügungen oder Einhaltsbefehle können nach §. 1013 Abs. 1 in dringenden Fällen statt an den Vorsteher des Gerichts §. 1012 Abs. 1 der Pr.O. auch an das zuständige Amtsgericht gerichtet werden.

Erachtet dieses den Antrag für statthaft, so hat es demselben zu entsprechen, aber die Akten sogleich dem Kreisgericht zur weiteren Verhandlung vorzulegen, andernfalls den Antragsteller an das Kreisgericht zu verweisen.

§. 1013 Abs. 2. 3.

6) Nach §. 854 Abs. 4 der Pr.O. wird eine gegen die Vollstreckung des Urtheils eines Amtsgerichts oder Collegialgerichts erhobene Einsprache, deren Gegenstand nach §. 8. 12 und 13 der Entscheidung des Kreisgerichts zusteht, auf Antrag der einen oder andern Partei an das Kreisgericht gewiesen.

Stf.

166.

Bei Gelegenheit der den Verwaltungsbehörden obliegenden Ausführung der Trennung von Kirchspielsgemeinden und Errichtung eigener Pfarrgemeinden können auch Streitigkeiten über Ansprüche, die auf Privatrechtstitel gegründet werden, vorkommen, für deren Entscheidung die bürgerlichen Gerichte zuständig sind.

Die politischen Gemeinden Göschweiler und Röthenbach bildeten mit den Gemeinden Löffingen und Seppenhofen bis zum Jahr 1850 Eine Kirchspielsgemeinde, für welche ein für Angehörige dieser Gemeinden

Digitized by Google

verwendbarer Armenfond bestand. Um die genannte Zeit trennten sich die beiden Ersteren vom Kirchspiel (Löffingen), indem sie eigene Pfarreien erhielten. Ueber deren Antheil an dem fraglichen Armenfond entstanden Streitigkeiten, wegen deren Austrag zunächst die Verwaltungsbehörden angegangen wurden, welche jedoch ihre Zuständigkeit ablehnten, indem das großh. Ministerium des Innern im Jahr 1863 aussprach, daß das betreffende Gesuch der Gemeinden Göschweiler und Röthenbach um Berechtigung am Genuß, beziehungsweise Theilung des Armenfonds der Kirchspielsgemeinde Löffingen vor der Verwaltungsbehörde nicht Statt finde. Dieser Ausspruch wurde höchstens Orts bestätigt und es machten nun die Klägerinnen ihren bezüglichen Anspruch vor dem Richter geltend.

Von den Beklagten (die Gemeinde Dittenhausen verzichtete auf den Prozeß) wurden der Klage vor Allem zwei prozeßbindernde Einreden entgegengesetzt, welche den Gegenstand des Streites bildeten, nämlich:

1) Die Einrede der Nichtzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte und
2) die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Das großh. Amtsgericht verwarf beide Einreden, das großh. Kreis- und Hofgericht aber auf Appellation der Bekl. — bestätigend — nur die Einrede der Nichtzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte, während dasselbe in Bezug auf die andere Einrede die Berufung nach Pr.O. §. 373 — 375. 1101. 1106. 317. 318. 344, vergl. mit den betreffenden Bestimmungen der früheren Prozeßgesetze für unzulässig erklärte.

In beiden Beziehungen haben die Beklagten die Oberappellation ausgeführt. Dieselben stellen ihre Beschwerde dahin auf, daß die Verwerfung der Einrede der Unzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte mit Unrecht bestätigt worden sei, und daß das amtsgerichtliche Urtheil, da es eine besondere selbstständige Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Unrecht unterstellt und verworfen habe, einfach hätte aufgehoben, jedenfalls die bezügliche Appellation als statthaft und begründet hätte erkannt werden sollen. Diesen Beschwerden entsprach das hienach fürsorglich in verschiedener Weise gefaßte Begehren der Oberappellanten. Am 27. März 1866 wurde von großh. Oberhofgericht das Urtheil des Appellationsenats mit der Modifikation bestätigt, daß die von den beklagten Gemeinden Löffingen und Seppenhofen vorgeschützte Einrede: „Die Klage finde vor den bürgerlichen Gerichten nicht statt," sowohl an sich, als auch insoweit sie auf frühere rechtskräftige Entscheidung gestützt wurde, unter Verfällung der Beklagten, Appellantinnen, Oberappellantinnen, in die durch die betreffenden Verhandlungen entstandenen Kosten, als unbegründet zu verwerfen sei.

Gründe:

1) Was zunächst die behauptete Unzuständigkeit der bürgerl. Gerichte, vorerst abgesehen von der geltend gemachten rechtskräftigen Entscheidung — betrifft, so ist die bezügliche Beschwerde, deren Zulässigkeit unter Bezug auf Pr.O. §. 1152 mit Unrecht beanstandet wurde, da es sich hier nicht um die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtsstandes, sondern um die wichtige Frage der Zulässigkeit der Klage vor den bürgerlichen Gerichten handelt — nicht für begründet zu erachten.

Es kann zwar darüber kein Zweifel sein, daß die Frage der Trennung einzelner Gemeinden vom vereinigenden Kirchspielsverband und die Errichtung besonderer Pfarreien für solche — sich nicht zur Entscheidung durch die bürgerlichen Gerichte, sondern nur durch die Verwaltungsbehörden eignet. Es ist diese Frage ihrer Natur nach unverkennbar eine Frage des öffentlichen Rechts und es ergibt sich aus §. 27 des Kirchenlehnherrlichkeitsediktes vom 24. März 1808 (Reggsbl. No. 12), daß sie von den Verwaltungsbehörden zu erledigen ist.

Auch läßt sich ferner nicht verkennen, daß bei der zu bewirkenden Trennung von Kirchspielsgemeinden und Errichtung eigener Pfarrgemeinden auch diejenigen Nebenpunkte, welche zur Regelung dieser Angelegenheit nothwendig gehören, wie namentlich die Trennung und Theilung des kirchlichen Vermögens im Allgemeinen von den Verwaltungsbehörden gleichzeitig zu erledigen sind. Es geht dieses aus verschiedenen andern gesetzlichen Bestimmungen hervor.

Vergl. Kirchenbauedikt vom Jahr 1808 §. 5. 17 und 26.
Organisationsrescript von 1809 Beil. D. §. 11 h. c.

Allein, wenn auch diese Sätze als richtig anzuerkennen sind, so folgt hieraus keineswegs, daß nicht in

Digitized by Google

Bezug auf die in Frage stehende Angelegenheit auch einzelne, mit der Trennung und Errichtung eigener Pfarreien nicht wesentlich und unmittelbar zusammenhängende Punkte vorkommen können, wobei es sich um die Geltendmachung von bestimmten Ansprüchen auf Grund von Privatrechtstiteln handelt und insofern die Entscheidung durch die bürgerlichen Gerichte angerufen werden kann, vor welche nach §. 1 der Pr.O. alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören.

Ein solcher Fall liegt aber nach Inhalt der Klage hier vor, denn es berufen sich die klagenden Gemeinden auf eine behauptete besondere Stiftung eines Pfarrers Georg Müller von Löffingen aus der Zeit von 1589, beziehungsweise 1606, bestehend in Vergebung von 1000 fl. und eines Wohnhauses zum Besten aller Pfarrkinder, also auch der Angehörigen der klagenden Gemeinden, als damaligen Pfarrangehörigen, für welche Stiftung nach Abbrennen des Hauses im Jahr 1797 ein verzinslich angelegter Fond eingetreten sein soll, und überdies auf den behaupteten fortwährenden, öffentlichen und unzweideutigen Mitgenuß an den betreffenden Erträgnissen seit unvordenklicher Zeit vom Jahr 1863 zurückgerechnet.

Hierin ist allerdings die Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruchs — dessen Werth oder Unwerth vorerst nicht näher zu untersuchen ist — zu finden und die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte erscheint daher in sofern begründet, wie die Richter der beiden frühern Rechtszüge mit Recht angenommen haben. Dabei kann es im Wesentlichen keinen Unterschied begründen, ob der Anspruch einer einzelnen bestimmten Privatperson aus einer Stiftung, oder der Anspruch ganzer Classen von Personen, wie Gemeinden oder sonstigen Körperschaften den Gegenstand des Streites bildet. Das Rechtsverhältniß bleibt in diesem wie in jenem Falle im Allgemeinen das Gleiche, insofern es sich um den Anspruch der fraglichen Classen von Personen, der Gemeinden u. s. w. an und für sich, nicht aber um die Frage, inwiefern ein Einzelner aus der Classe in einem besondern Falle zu berücksichtigen ist, handelt.

Vergl. Oberhofgerichtliche Jahrbücher, Bd. 15 S. 588, Bd. 16 S. 531, Bd. 17 S. 307, Bd. 18 S. 73.

Magazin, Bd. 5 S. 334.

v. Freydorf, Prozeßordnung mit Erläuterungen §. 1, Entscheidung No. 20 S. 255, No. 97 S. 281 und No. 99 S. 283.

2) Was nun die andere Einrede, die der rechtskräftigen Entscheidung betrifft, so ist deren besonderer Character, namentlich deren genauer Zusammenhang mit der erstern Einrede nicht zu übersehen. Der Form nach ausweislich der Vernehmlassung ist zwar diese Einrede als prozeßhindernde Einrede der entschiedenen Sache bezeichnet und gesondert vorgeschützt worden, der Sache nach aber und namentlich nach der vom oberappellatischen Anwalt gegebenen näheren Erläuterung hat dieselbe keinen selbstständigen Charakter, sie bezieht sich nicht auf eine rechtskräftige Entscheidung des fraglichen Streites selbst, sondern nur auf die behauptete rechtskräftige Entscheidung der Vorfrage wegen der Unzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte. In dieser Rücksicht können daher die an sich ganz richtigen Grundsätze, welche das großh. Kreis- und Hofgericht in Bezug auf die gesetzliche Unzulässigkeit einer gesonderten Appellation wegen Verwerfung der prozeßhindernden Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gemäß Pr.O. §. 1101 Abs. 1 und 2, §. 373. 374 in Vergleichung mit §. 317, §. 344 ff. und §. 1106 Ziff. 2 aufgestellt hat, hier nicht in Anwendung kommen, insofern die angerufene Rechtskraft hier nur als ein weiteres Mittel benützt werden soll, die Unzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte zu rechtfertigen, in Bezug auf diesen letzteren Punkt aber sammt Allem, was damit zusammenhängt, die Zulässigkeit der Appellation keinem Zweifel unterliegt. Pr.O. §. 1106 Ziff. 2.

Insofern ist die Appellation und Oberappellation in Bezug auf den fraglichen Punkt nicht für unzulässig zu erachten.

Dagegen ergibt sich schon aus dem, was oben zu 1) ausgeführt wurde, daß die bezügliche Beschwerde nicht begründet ist, indem die Voraussetzungen der Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung nach L.R.S. 1351 hier in mehrfacher Hinsicht nicht zutreffen.

Im frühern Prozeß vom Jahr 1857–1858, der allerdings zwischen den nämlichen Parteien geführt wurde, handelte es sich um die begehrte Aufhebung des Vergleiches vom Jahr 1851, eines Vergleiches, der, inso, weit hiedurch gewisse zur Cognition der Verwaltungsbehörde gehörige Nebenpunkte geordnet wurden, für eine einem Erkenntniß der Verwaltungsbehörde gleichkommende Uebereinkunft angesehen wurde, während es sich im gegen-

Digitized by Google

wärtigen Prozeß, wie schon oben nachgewiesen wurde, um einen auf einem andern und zwar auf einem privatrechtlichen Grunde beruhenden Anspruch handelt, wobei der mehrerwähnte Vergleich zwar auch aufgeführt, keineswegs aber als ein diesen Anspruch auch selbst begründender Rechtstitel, vielmehr nur zur Darstellung des früheren Verlaufs der Streitsache und fürsorglich in letzter Reihe nur als zur Vergleichung dienender Maaßstab der Vertheilung benützt wurde. Daß aber zur Zeit von einer Entscheidung über die Art und den Maaßstab der Theilung des Armenfonds unter den betreffenden Gemeinden hier nicht die Rede ist, was bereits in den Entscheidungsgründen des großh. Kreis- und Hofgerichts hervorgehoben wurde, versteht sich von selbst.

Hiernach ist das angefochtene Urtheil in einer der zu 2) gegebenen Ausführung entsprechenden modificirenden Fassung zu bestätigen.

Die durch die verschiedenen bezüglichen Verhandlungen verursachten Kosten müssen jedenfalls den Beklagten, Oberappellatinnen — als widerrechtlich von ihnen veranlaßt, gemäß Pr.O. §. 169. 170. 176 ganz zur Last bleiben.

Red.

167.

Der Staatsvertrag mit Würtemberg vom Jahr 1825 (Art. 6. 15 u. f. w.) steht der Anwendung des §. 60 und §. 13 der Pr.O. nicht entgegen.

Der Verkauf einer fremden Sache kann sowohl durch nachträgliche Erwerbung derselben durch den Verkäufer, als auch durch Genehmigung des wirklichen Eigenthümers zur Giltigkeit gelangen.

L.R.S. 1599.

Auf die in L.R.S. 1596 angedrohte Nichtigkeit kann sich ein Dritter nicht, auch insbesondere der dritte Käufer nicht auf Grund des L.R.S. 1653 dann berufen, wenn ihm das unter L.R.S. 1596 fallende Verhältniß bekannt war.

Johann Müller Wittwe in Rohrbach hatte für sich und als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder mit Johann Peter Müller von da gegen Handelsmann Theodor Frank von Vaihingen bei dem großh. Kreisgerichte Heidelberg eine Klage auf Erfüllung eines Kaufvertrags erhoben, auf welche das Urtheil des großh. Kreisgerichts Heidelberg, Civilkammer, vom 29. Mai 1866, No. 2881/82 dahin erging:

Der Beklagte hat folgenden Haupteid zu leisten:

„Es ist nicht wahr, daß nach Abschluß des Vertrags vom 13. Dezember 1865 zwischen Johann Müller Wittwe und mir verabredet worden ist, daß diese, wenn die obervormundschaftliche Genehmigung zum Kauf nicht ertheilt, und daher die Versteigerung nothwendig werde, das verkaufte Haus zum Vollzug des erwähnten Vertrags ersteigern soll."

Leistet der Beklagte diesen Eid, so werden die Kläger unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage abgewiesen. Verweigert der Beklagte diesen Eid, so wird er unter Verfällung in die Kosten für schuldig erklärt, die in der Klage beschriebene Liegenschaft zu den in §§. 1—8 des Vertrags enthaltenen Bedingungen kaufsweise zu übernehmen, die Hälfte des Kaufschillings mit 4054 fl. nebst 5 pCt. Verzugszinsen vom 16. März 1866 an binnen drei Wochen, die andere Hälfte am 1. Juli 1866 mit 4054 fl. und 4½ pCt. vom 1. April d. J. an, vom 1. Juli fortlaufend mit 5 pCt. Zins an die Kläger, und zwar an die klagende Wittwe als Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder ⅘, und an den Kläger Peter Müller ⅕ bei Zwangsvermeiden zu bezahlen.

In zweiter Instanz erging ein bestätigendes Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appellationssenat, vom 13. Februar 1867, No. 847, und auf die vom Beklagten hiegegen ergriffene Oberappellation wurde auch von großherzoglichem Oberhofgericht am 22. Oktober 1867 aus folgenden Gründen bestätigend erkannt:

2c. Auch in diesem Rechtszuge hat der Beklagte zunächst wieder die Zuständigkeit der angerufenen badischen Gerichte unter Hinweisung auf den Staatsvertrag über die gegenseitigen Gerichtsbarkeitsverhältnisse mit dem Königreich Würtemberg vom Jahr 1825, Art. 6. 15, u. s. w. zu bestreiten versucht, seine Beanstandung ist jedoch, wie bereits im Vorprozeß wegen Sicherheitsarrests dargelegt wurde, grundlos, weil hier die allgemeine Bestimmung der Pr.O. §. 60 und §. 13 zu Gunsten des klagenden Theils Maaß gibt, der genannte Staatsvertrag aber der Anwendung derselben nicht im Wege steht, indem die neue Prozeßgesetzgebung von dem frü-

Digitized by Google

heren bezüglichen Vorbehalt (§. 46 der Pr.O. vom Jahr 1851) grundsätzlich Umgang genommen hat und zudem jener Staatsvertrag gemäß Art. 1 desselben, nur hinsichtlich der in Frage kommenden Vollstreckung der Urtheile im Nachbarlande entscheidend erscheint, um welche es sich hier nicht handelt.

Vergl. die Begründung der großh. Regierung zu §. 66 des Entwurfs der Pr.O. und die Schlußbemerkung im Commissionsbericht der II. Kammer zu §. 61 — 63.

Was die Sache selbst betrifft, so hat sich durch die Verhandlungen das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß in folgender Weise herausgestellt:

Am 13. Dezember 1865 schloß die Klägerin, Johann Müller's Wittwe, in der Meinung, daß die verkauften Liegenschaften ihr und ihrer fünf Kinder gemeinschaftliches Eigenthum, und daß ihre Kinder alle noch minderjährig seien (der älteste Sohn Johann Peter war aber damals schon volljährig), mit dem Beklagten einen Kaufvertrag ab, wonach sie ihm die darin bezeichneten Liegenschaften, nach den Eingangsworten in ihrem Namen und als gesetzliche Vormünderin ihrer fünf Kinder, um 8108 fl. verkaufte.

Für den Fall, daß dieser Vertrag obervormundschaftlich nicht genehmigt, vielmehr auf öffentlicher Versteigerung bestanden würde, sollte die Klägerin nach ihrer Behauptung — zufolge besonderer von ihr übernommenen Verpflichtung, bei der bezüglichen Versteigerung durch Einlegung des höchsten Gebotes das alleinige Eigenthum erwerben und die Liegenschaften zum obigen Preise dem Beklagten überlassen. Dieser Fall trat dann auch ein; die Klägerin ersteigerte am 17. Februar 1866 jene Liegenschaften, erlangte hiezu die obervormundschaftliche Genehmigung und erwarb so nachträglich das Eigenthum der genannten Liegenschaften, woran sie, wie sie im Laufe der Verhandlungen einräumte, ursprünglich nur ein Nutznießungsrecht (zu 1/4) hatte.

Der älteste Sohn, Johann Peter, dessen zur Zeit des Verkaufs schon eingetretene Volljährigkeit der Klage entgegengehalten wurde, gab nach der Replikbehauptung ebenso wie der Gegenvormund der Minderjährigen seine Zustimmung zum fraglichen Verkauf. Sie traten der Klage ihrer Mutter auf Vertragsvollzug bei.

Hiernach erscheint der Legitimationspunkt in genügender Weise geordnet. Die Klage, insofern sie nach den vorliegenden Verhältnissen gesetzlich haltbar, ist in dieser Richtung nicht weiter zu bemängeln. Namentlich zeigt sich auch der erhobene Anstand gegen das Recht der Kinder, als Mitkläger aufzutreten, nicht als gerechtfertigt, denn das vorliegende Rechtsverhältniß ist dahin aufzufassen, daß die Klägerin bei Abschluß und Ausführung der behaupteten besondern Uebereinkunft zugleich wesentlich im Interesse und für die Kinder handelte und wenn die Kinder, auch Johann Peter Müller, sich den betreffenden Vortheil zu eigen machen wollen, so ist dieses ihre Sache, nicht aber ist es Sache des Beklagten, sofern er, wie behauptet wurde, die fragliche Uebereinkunft in solchem Sinne mit der Klägerin abschloß, den Kindern in dieser Beziehung Hindernisse in den Weg zu legen.

Faßt man das rechtliche Verhältniß, wie es sich nach dem Obigen gestaltet hat, in dem angedeuteten Sinne auf, und bringt man in Erwägung, daß die behauptete Uebereinkunft in keiner Richtung gegen absolut verbietende Gesetze oder gegen die Staatsordnung verstößt (L.R.S. 1133), so zeigt sich der kläger'sche Anspruch als genügend begründet und haltbar. L.R.S. 1134. 1135.

Der Einwand, daß nach L.R.S. 1599 der fragliche Verkauf als Verkauf einer fremden Sache ungiltig sei, wurde in diesem Rechtszuge vom Beklagten nicht weiter geltend gemacht, oder doch nicht mehr besonders betont; es genügt daher hier an einer kurzen Hinweisung auf das, was bereits in den Entscheidungsgründen zum Urtheil in dem Vorprozeß, den Sicherheitsarrest betreffend, über den richtigen Sinn des L.R.S. 1599, welcher keineswegs ohne alle Beschränkung und unbedingt aufzufassen ist, näher ausgeführt wurde. Insbesondere wurde daselbst hervorgehoben, daß eine auf die nachträgliche Erwerbung des Kaufgegenstandes gerichtete Uebereinkunft beider Theile, welche nach Umständen (z. B. wenn Beiden wohl bekannt ist, daß ein Dritter zur Zeit noch Eigenthümer der Sache ist), auch stillschweigend stattfinden kann, vollkommen giltig und wirksam erscheint, und daß ebenso auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des wahren Eigenthümers der Verkauf zu voller Gültigkeit gelangen kann. L.R.S. 1598. 1599a. 1625 ff. 1653.

Die einseitige Lossagung des Käufers von dem abgeschlossenen, nach Vereinbarung so, wie bedungen, zur Wirksamkeit und zum Vollzug zu bringenden Kaufvertrag konnte unter den vorliegenden Ver-

Digitized by Google

hältniſſen denſelben nicht von ſeiner vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung befreien, wenn ihm auch nach Umſtänden bei längerer Zögerung oder Vereitelung des bezweckten Kaufvollzugs allerdings das Recht zugeſtanden haben würde, die Löſung des Vertragsverhältniſſes herbeizuführen; aber eine ſolche einſeitige Löſung des Vertragsverhältniſſes, wie der Beklagte ſie der Klägerin gegenüber in Anſpruch nimmt, würde mit der Vorſchrift des L.R.S. 1134, wonach Verträge redlichen Vollzug erfordern, in offenen Widerſpruch gerathen.

Was den fernern Einwand des Beklagten betrifft, welchen derſelbe aus dem Verbot des L.R.S. 1596 bezüglich des Kaufs von Mündelgütern durch Vormünder bei Verſteigerungen ableitet, ſo kommt zunächſt in Betracht, daß die hieraus abzuleitende Nichtigkeit nach L.R.S. 6° und 1125 nur von den betreffenden Mündeln ſelbſt oder von ihren Rechtsnachfolgern geltend gemacht werden könnte.

Nach ſeiner ſpätern Erklärung will auch der Beklagte das Verbot des L.R.S. 1596 nicht unmittelbar, ſondern nur mittelbar wegen der ihm hiernach möglicher Weiſe drohenden Störung im ruhigen Beſitz von Seiten der Mündel geltend machen. Allein auch in dieſer entfernteren Rückſicht ſtellt ſich der Einwand nicht als begründet dar. Abgeſehen davon, ob bei der augenfälligen Vortheilhaftigkeit des Verkaufes für die Minderjährigen eine Anfechtung von ihrer Seite jemals zu erwarten iſt und ob ſo hier überhaupt eine ſchon vorhandene ernſtliche Bedrohung im Sinne des L.R.S. 1653 angenommen werden könnte, kommt nämlich hier, wie bei der Beurtheilung des ganzen Vertragsverhältniſſes, zu Gunſten des klagenden Theils der weſentliche Umſtand in Betracht, daß dem Beklagten, wie aus der Beſchaffenheit der fraglichen Uebereinkunft ſelbſt zu entnehmen iſt, die betreffenden beſondern Verhältniſſe wohl bekannt waren, und daß es hiernach, wenn derſelbe gleichwohl auf die behauptete Vereinbarung einging und für den vorgeſehenen Fall, nach Vollzug des Uebereinkommens, ſeine Pflicht als Käufer zu erfüllen, mithin auch die Zahlung zu leiſten verſprach, offenbar im Sinne beider Theile und namentlich auch des Beklagten lag, daß ungeachtet des (möglicher Weiſe) von Seiten der Kinder etwa künftig drohenden Angriffs die Zahlung des Preiſes ohne Zurückhaltung Statt finden ſollte. L.R.S. 1653 Schlußſatz und L.R.S. 1134 Abſ. 3.

Sein bezüglicher Einwand iſt deßhalb grundlos.

Ueber die vom klagenden Theil zu erweiſende beſtrittene Uebereinkunft hat derſelbe dem Beklagten in Ermanglung anderer hier zuläſſigen Beweismittel den Haupteid zugeſchoben und es wurde von den vordern Richtern mit Recht auf dieſen Eid erkannt. Ein Verſtoß gegen die Regeln des L.R.S. 1360a und der P.O. §. 526 iſt hierin nicht zu finden, denn nach Inhalt des Eides handelt es ſich hiebei nur um eine erſt nach Abſchluß des ſchriftlichen Vertrags, nach deſſen Beurkundung, getroffene beſondere Verabredung, eine vollbeweiſende Urkunde ſteht daher in dieſer Richtung dem Eid nicht entgegen ꝛc. Red.

168.

Iſt ein Photograph verpflichtet, dem Beſteller von Photographien auch die negativen Bilder auszufolgen?

Die Maſchinenfabrik Gſchwindt und Zimmermann in Carlsruhe ließen durch die photographiſche Anſtalt Th. Schuhmann und Sohn photographiſche Abbildungen von Maſchinen aufnehmen; die dafür vereinbarten Preiſe betrugen für die erſte Aufnahme 6 fl., für die Copien 30 kr. per Stück. Schuhmann und Sohn haben die beſtellten Bilder gefertigt und ausgefolgt, weigerten ſich jedoch, die Negativen herauszugeben, weßhalb vor dem Handelsgericht ein Rechtsſtreit entſtund, welcher zum Nachtheil von Gſchwindt und Zimmermann ausfiel, ohne daß letztere ein Rechtsmittel ergriffen.

Bekanntlich iſt zur Aufnahme einer Photographie zunächſt die Herſtellung des negativen, verkehrten Bildes erforderlich, ſobald dieſes vorhanden iſt, kann durch Auflegen des Negativen auf Chlorſilberpapier das poſitive in unbeſchränkter Zahl von Exemplaren erzeugt werden. Die Vertreter der Maſchinenfabrik betonten, wie nothwendig es für ihr Geſchäft ſei, außer den poſitiven Bildern auch die negativen zu beſitzen, weil ſie nur dadurch des Alleinbeſitzes ihrer eigenthümlichen und für ihren Fabrikbetrieb werthvollen Conſtruktionen ſicher und gegen deren unbefugte Verwendung von Seite Dritter geſchützt, ſodann aber auch in der Lage ſeien, die Copien ſelbſt zu fertigen, oder durch beliebige Dritte fertigen zu laſſen.

Digitized by Google

Schuhmann und Sohn hingegen wiesen darauf hin, daß unter dem Preis für die erste Aufnahme keineswegs der Preis für das negative Bild, oder die sogenannte negative Platte, sondern lediglich der Preis für die Erzeugung des ersten positiven Bildes verstanden ist.

Die negativen Bilder, Platten, sind und bleiben nach einer allgemein in photographischen Geschäften bestehenden Uebung Eigenthum des Photographen, wenn nicht vorher vertragsmäßig ausbedungen ist, daß und zu welchem Preise diese Platte dem Besteller geliefert werden soll, und es liege in der Natur der Sache, daß der Besteller Vergütung für die negative Platte bezahlen müsse, weil er im Besitz derselben unzählige Copien davon selbst oder durch dritte Personen fertigen lassen kann, und dem Photographen die Möglichkeit entzieht, seine negative Aufnahme durch Erzeugung positiver Bilder für den Besteller weiter zu verwerthen. Schließlich erklärte sich die Anstalt zur Herausgabe der Negativen gegen Bezahlung von 5 fl. per Stück bereit.

Das Handelsgericht ging von folgenden Erwägungen aus:

Die Kläger haben nicht behauptet, daß sie die negativen Bilder bestellten und hierfür eine Vergütung vereinbart wurde; sie haben mithin nur einen Anspruch auf die positiven Bilder. Wer die letzteren bestellt, hat damit nicht das Recht auf die Ausfolgung aller zu deren Fertigung erforderlichen Vorarbeiten. Das Gegentheil läßt sich auch nicht daraus ableiten, daß für die erstmalige Aufnahme, d. h. für das erste positive Bild eine weit höhere Belohnung als für jeden weiteren Abdruck bedungen war; denn beiderlei Beträge werden immer nur für die positiven Bilder entrichtet, und die spätern Abdrücke sind nur deßhalb wohlfeiler, als die erstern, weil für jene nicht wieder die gleichen Bemühungen und Auslagen, wie für diese, aufzuwenden sind, diese vielmehr — mit Ausnahme der für das Copiren — dieselben bleiben, ob nur ein positives Bild, oder ob viele tausend davon abgedruckt werden. Da die negativen Bilder auf Glasplatten stehen, von welchen sie leicht wieder weggewischt werden können, so bilden diese Platten zugleich Werkzeuge des Photographen, die er bei andern Arbeiten benützen kann; zur Herausgabe von Werkzeugen ist aber Niemand verpflichtet, von welchem eine — mittelst solcher zu vollendende handwerksmäßige oder künstlerische Leistung zu liefern war.

Hierin liegt auch das rechtliche Interesse der Beklagten an dem Besitze dieser negativen Bilder. Sie haben daran aber noch weitere Interessen. Dürfen sie nämlich auch nicht ohne Einwilligung der Kläger Abbildungen von den Maschinen der Letzteren, mithin von jenen negativen Bildern Copien, fertigen, so können solche für die Kläger doch nur von den Beklagten gemacht werden, so lange solche sich im Besitz der negativen Bilder befinden, und jene nicht die viel höhern Kosten einer neuen Aufnahme aufwenden. Diese Bilder sind somit auch eine Quelle des Verdienstes der Beklagten und ist deren Weigerung, solche ohne Bezahlung herauszugeben, wohl begründet. v. Blittersdorff.

169.

Erkenntniß des Verwaltungsgerichtshofs über die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in Streitigkeiten über die Verbindlichkeit eines Ortsfonds zur Fortentrichtung von Beiträgen zum Lehrergehalte.

Karlsr. Ztg., No. 307 von 1869.

Nach §. 64 in Verbindung mit den §§. 62 und 63 des Gesetzes über den Elementarunterricht vom 2. April 1868 soll es da, wo ein Ortsfond, der ursprünglich nicht ausdrücklich zugleich für Unterhaltung der Schullehrer gestiftet ist, dennoch bis zum 28. August 1835 Lehrergehalte oder Beiträge hiezu (jedoch nicht blos vorübergehende Unterstützungen) aus seinen Ueberschüssen bezahlt hat, — nicht nur auch ferner bei den bisherigen Leistungen verbleiben, sondern es soll auch eine verhältnißmäßige Erhöhung des Beitrags eintreten können, wenn die Vermehrung der Erträgnisse des Fonds dies gestattet.

In der Gemeinde Behla wurde in Folge Erlasses des großh. Ministeriums des Innern, Kathol. Kirchensection, vom 28. Februar 1818 von da an aus dem dortigen Kapellenfond jährlich ein Beitrag von 35 fl. zu dem Gehalte des Schullehrers geleistet. Durch Beschluß des Kathol. Oberstiftungsraths vom 22. März d. J. wurde diese Leistung vom 23. April d. J. an sistirt.

Gestützt auf die angeführte gesetzliche Bestimmung

Digitized by Google

einerseits und auf die beträchtliche Erhöhung der Erträgnisse des Kapellenfonds andererseits erhob hierauf die politische Gemeinde Behla vor dem Verwaltungsgerichte Klage gegen gedachten Fond auf Fortentrichtung des bisherigen Beitrags und auf Erhöhung desselben um 125 fl. 32 kr. Der Bezirksrath Donaueschingen erkannte nach dem ersteren Begehren, wies aber das letztere zur Zeit ab. Der Großh. Verwaltungsgerichtshof hob jedoch dieses Erkenntniß als unzuständig erlassen auf. (Urtheil vom 30. Nov. d. J.) Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen. Der §. 8 der höchsten Verordnung vom 2. April 1868 über die Zuständigkeit der Staatsbehörden bezüglich auf das Gesetz über den Elementarunterricht enthält gerade in Beziehung auf die §§. 61—65 des Gesetzes den Vorbehalt der in streitigen Fällen den Verwaltungsgerichten zukommenden Entscheidung. Es sollte jedoch hierdurch keine neue Kompetenzbestimmung gegeben werden, wie sich aus der ausdrücklichen Hinweisung auf das Gesetz vom 5. Oktober 1863, die Organisation der innern Verwaltung betreffend, und zwar auf den §. 5 Ziff. 5 desselben ergibt. Nach dieser Gesetzesstelle sind zwar die Verwaltungsgerichte zuständig zur Entscheidung der Streitigkeiten über die Beiträge und persönlichen Leistungen zu den Kosten der Kirchen und Schulverbände, aber immer nur unter der aus dem Eingang zu §. 5 und aus §. 1 Abs. 3 sich ergebenden Voraussetzung, daß die Streitigkeiten dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehören. An diesem Merkmal fehlt es aber im vorliegenden Falle. Die durch die Klage geltend gemachte Verbindlichkeit des Kapellenfonds entspringt in keiner Weise aus einem staatsrechtlichen Subjectionsverhältnisse, ohne welches von einer Verpflichtung des öffentlichen Rechts nicht die Rede sein kann. Insbesondere ist der Kapellenfond, dem Schulverbande zu Behla ganz fremd und steht dem dortigen Schuldienste wie eine dritte Person gegenüber. Sein Verhältniß zum Schuldienste kann nur privatrechtlicher Natur sein. Wenn daher das Gesetz an die Thatsache der Leistung von Beiträgen zum Lehrergehalte aus einem Ortsfond die Verpflichtung zur Fortentrichtung derselben knüpft, so hat es damit kein öffentlich rechtliches Verhältniß geschaffen, sondern lediglich eine privatrechtliche Verbindlichkeit konstituirt. Es verhält sich damit genau so, wie mit der nach dem Baueidkt vom Jahre 1808 aus einem Baufaktum entspringenden Baupflicht, welche in Theorie und Praxis stets als eine privatrechtliche angesehen wurde. Wie also über die letztere immer nur die bürgerlichen Gerichte entschieden haben, so können auch nur diese zur Entscheidung über die hier in Frage stehende Verbindlichkeit zur Fortentrichtung von Beiträgen zum Lehrergehalte zuständig sein.

Anzeige.

Mit No. 24 wird das zweite Semester des Jahres 1869, und damit der **XXXV.** Band der Annalen geschlossen.

Auch künftig wird in den Beilagen die Tagesordnung des Oberhofgerichts mitgetheilt werden.

Die großherzoglichen Postämter wie die Buchhandlungen sind in den Stand gesetzt, die Zeitschrift ohne Preiserhöhung zu liefern und wollen die Bestellungen auf das erste Semester des Jahres 1870 gefälligst bald gemacht werden.

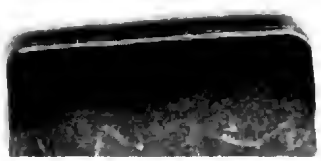
Mannheim im Dezember 1869.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Kreis- und Hofgerichtsdirector Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google